جمهورية مصر العربية
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

موسوعة الفقه الإسلامي

الجزء
الحادي عشر

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

الإشتباه في البيوع

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع [١] : ان من شروط المعقود عليــه أن يكون مالا ، لأن البيـــع مبادلة المـــال بالمـــال •

ولو جمع بين ماهو مال[٢] وبين ما ليس بمـــال فى البيـــع ، بأن جمـــع بين حـــر وعبـــد أو بين عصـــير وخمـــر ، أو بين ذكية وميتـــة ، وباعهمـــا صفقة واحـــدة ، فان لم يبين حصـــة كل واحد منهمـــا من الثمن لم ينعقـــد العقـــد أصـــلا بالاجماع ، وان بين فكذلك عنـــد أبى حنيفـــة رحمـــه الله تعـــالى ، لأن الصـــفقة واحـــدة وقـــد فســـدت فى أحدهمـــا فلا تصح فى الآخر •

وعنـــد صاحبيه يجـــوز فى العصير والعبد والذكيـــة ، ويبطـــــل فى الحـــر والخمـــــر والميتـــــة •

ولو جمـــــع بين قن ومدبر ، أو أم ولد ومكاتب ، أو بين عبـــده وعبـــد غيره وباعهما صـــفقة واحـــدة ، جاز البيـــع فى عبـــــده بلا خـــلاف •

ووجـــه قولهمـــا : أن الفســـاد بقـــدر المفســـد ، لأن الحـــكم يثبت بقدر العـــلة ، والمفسد خص أحدهما ، فلا يتعمم الحـــكم مع خصـــوص العلة فلو جاء الفســـاد انمـــا يجىء من قبـــل جهـــالة الثمن ، فاذا بين حصة كل واحد منهـــا من الثمن فقـــد زال هـــذا المعنى أيضـــا •

ولهـــذا جاز بيـــع القن اذا جمـــع بينـــه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهمـــا صـــفقة واحـــدة ، كذا هذا •

ومن الشروط[٣] أيضـــا أن يكون المعقـــود عليه مقـــدور التسليم عند العقد •

فان كان معجـــوز التســـليم عنـــد العقد لا ينعقـــد وان كان مملوكا له كبيـــع الآبق فى جـــواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهـــر يحتـــاج الى تجـــديد الايجـــاب والقبول ، الا اذا تراضـــــيا فيـــكون بيعـــا مبتـــدأ بالتعـــاطى • فان لم يتراضـــيا وامتنـــــع البـــائع من التسليم لا يجبر على التسليم •

ولو ســـلم وامتنـــع المشترى من القبض لا يجبر على القبض ، لأن القـــدرة على التســـليم لذا العـــاقد شرط انعقـــاد العقد ، لأنه لا ينعقـــد الا لفـــائدة ، ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التســـليم ، والعجـــز عن التســـليم ثابت حالة العقـــد ، وفى حصـــول القـــدرة بعـــد ذلك شـــك واحتمـــال قـــد

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٠ طبع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ الطبعة الأولى .

(٢) المرجع السابق للكاسانى ج ٥ ص ١٤٥ الطبعة السابقة .

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٧ الطبعة السابقة .

يحصل وقد لا يحصل ، وما لم يكن منعقدا بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال •

بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين ، والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق •

وذكر الكرخى رحمه الله تعالى أنه ينعقد بيع الآبق ، حتى لو ظهر وسلم يجوز ، ولا يحتاج الى تجديد البيع ، لأن الأباق لا يوجب زوال الملك •

ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ •

ولو وهبه من ولده الصغير يجوز ، وكان ملكا له ، فقد باع مالا مملوكا له ، الا أنه لم ينفذ فى الحال للعجز عن التسليم ، فان سلم زال المانع فينفذ ، وصار كبيع المغصوب الذى فى يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره ، أنه ينعقد موقوفا على التسليم ، لما قلنا ، كذا هذا •

وعلى هذا يخرج بيع اللبن[1] فى الضرع ، لأن اللبن لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيئا فشيئا فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد •

وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم فى ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز ، والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد •

والاجازة[2] فى البيع تلحق تصرف الفضولى بشرائط •

منها : أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الأجازة •

لأن ماله مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف ، فكان الانعقاد عند الاذن القائم مفيدا فينعقد ، وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال ، والاذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، فان حدث كان الانعقاد مفيدا ، وان لم يحدث لم يكن مفيدا ، فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الأصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك ، واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة ، لأن الاجازة للمنعقد •

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ١٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٩ الطبعة السابقة .

ويشترط[١] لصحة البيــع أن يكون المبيع معلوما ، وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة .

فان كان أحــدهما مجهــولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع ، وان كان مجهــولا جهالة لا تفضى الى المنازعة لا يفسد .

لأن الجهــالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل مقصود البيــع .

واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنــع من ذلك فيحصل المقصود .

ومن ذلك ما اذا قال : بعتك شـــــاة من هذا القطيــع أو ثوبا من هــذا العــدل[٢] فالبيــع فاســد ، لأن الشــاة من القطيع ، والثــوب من العــدل مجهول جهــالة مفضية الى المنازعة ، لتفاحش التفاوت بين شــاة وشــاة ، وثوب وثوب فيوجب فساد البيع ، فان عين البــائع شاة أو ثوبا وســلمه اليه ورضى به جــاز .

وأما جهالة المبيع[٣] فلأن العقــد فى أحدهما بات وفى الآخــر خيار ولم يعين أحدهمــا من الآخر فكان المبيــع مجهولا .

واذا بيــع الثمــر على الشــجر واستأجر المشترى من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك ، طاب للمشترى الفضــــل ، لأن الترك حصل باذن البائع[٤] .

ولــكن لا تجب الأجرة ، لأن هذه الاجارة باطــلة .

ولو أخرجت الشجرة فى مدة الترك ثمــرة أخـــرى فهى للبــائع ســـواء كان الترك باذنه أو بغــير اذنه لأنه نمــاء ملك البــائع فيكون له ، ولو حللهــا له البائع جاز .

وان اختلط الحــادث بعد العقد بالموجــود عنده حتى لا يعرف ينظر .

فان كان قبل التخلية بطل البيع لأن المبيــع صار معجــوز التســليم بالاختلاط للجهــالة وتعــذر التمييز ، فأشبه العجز عن التسليم بالهــلاك .

وان كان بعد التخلية لم يبطل البيع ، لأن التخليــة قبض ، وحكم البيــع يتم ويتناهى بالقبض والثمرة تكون بينهما ، لاختلاط ملك أحدهمــا بالآخر اختــلاطا لا يمكن التمييز بينهمــا ، فكان الكل مشتركا بينهما .

والقول قول المشترى فى المقــدار ، لأنه صاحب يد ، لوجود التخليــة ، فكان الظاهر شاهدا له ، فكان القول قوله .

والحيوان[٥] مع اللحم ان اختلف الأصلان

---

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٥ ص ١٥٦ الطبعة السابقة .

(٢) العدل بالكسر المثل والنظير والقيمة — ترتيب القاموس ج ٣ ص ٢٤٩ مادة عدل .

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٧٣ الطبعــة السابقة .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٨٩

فهما جنسان مختلفان ، كالشاة الحيـــة مـــع لحم الأبل والبقر •

فيجوز بيع البعض بالبعض مجـــازفة نقدا ونسيئة لانعـــدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصـــلا •

وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشـــاة فمن مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين • وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشـــاة الحية مجـــازفة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى •

وعللوا لهمـــا بأنه باع الجنس بخـــــلاف الجنس •

ومنهم من اعتبرهما جنسا واحدا •

وبنوا مذهبهمـــا على أن الشـــــاة ليست بمـــوزونة •

وجـــريان ربا الفضـــل يعتمـــد اجتمـــاع الوصفين : الجنس مع القدر •

فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة بعـــد أن يكون يدا بيـــد •

وهو الصحيح على ما عرف فى الخلافيات •

وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يجـــوز الا على وجه الاعتبـــار ، على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذى فى الشاة الحيـــة بالحزر والظن ، فيكون اللحم بازاء اللحم ، والزيادة بازاء أخـــلاف الجنس من الأطراف والسقط والرأس والأكارع والجلد والشـــحم •

فان كان اللحم الخالص مثـــل قدر اللحم الذى فى الشاة الحية ، أو أقل ، أو لا يدرى ، فانه لا يجـــوز •

وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحيـــة بشحم الشاة ، أو بأليتهـــا ، وهـــذا مذهب أصـــحابنا •

وأما بيع[1] دهن الجـــوز بالجوز ، فقـــد اختلف المشايخ فيـــه •

قال بعضهم : يجوز مجازفة •

وقال بعضهم : لا يجوز الا على طـــريق الاعتبـــار •

وأجمعوا على أن بيع النصال بالحـــديد غير المصـــنوع جائز مجـــازفة بعـــد أن يكون يدا بيـــــد •

ووجه قول محمد رحمه الله أن فى تجـــويز المجـــازفة ها هنا احتمال الربا فوجب التحرز عنـــه ما أمـــكن ، وأمكن بمـــراعاة طـــريق الاعتبـــار ، فلزم مراعاته قياســـا على بيـــع الدهن بالسمسم •

والدليـــل على أن فيـــــه الربا أن اللحم موزون ، فيحتمـــل أن يـــكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذى فى الشاة وزنا ، فيكون

---

(١) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٩٠

شىء من اللحم مع السقط زيادة ، ويحتمل أن يكون مثله فى الوزن ، فيكون السقط زيادة ، فوجب مراعاة طريق الاعتبـــار تحـــرزا عن الربا عند الامكان ، ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طـــريق الاعتبـــار •

ومن شروط[1] البيـــع الخلو عن احتمـــال الربا ، فلا يجوز المجـــازفة فى أموال الربا بعضها ببعض ، لأن حقيقة الربا كمـــا هى مفسدة للعقد ، فاحتمـــال الربا مفســـد له أيضـــا •

لقول عبد الله بن مسعود رضى الله تعـــالى عنه ، ما اجتمع الحـــلال والحـــرام فى شىء الا وقد غلب الحرام الحلال •

والأصل فيه أن كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجـــازفة ، وما لا فلا ، لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجرى فيه الربا لـــما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المـــاثلة بالمجـــازفة ، فيقـــع الشك فى وجـــود شرط الصـــحة ، فلا تثبت الصـــحة على الأصـــل المعهـــود فى الحـــكم المعلق على شرط اذا وقع الشـــك فى وجـــود شرطه أنه لا يثبت ، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشـــك ، كمـــا أن الثابت بيقين لا يزول بالشك •

وبيان هـــذا الأصل فى مسائل :

اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة •

فان لم يعلما كيلهما ، أو علم أحدهما دون الآخر ، أو علما كيل أحدهما دون الآخـــر ، لا يجـــوز ، لـــما قلنا •

وان علم استواؤهما فى الكيل •

فان علم فى المجلس جـــاز البيـــع ، لأن المجلس وان طال فله حكم حالة العقـــد ، فكأنه عنـــد العقـــد •

وان علم بعد الافتراق لم يجز •

ولو تبايعا حنطة بحنطة وزنا بوزن متساويا فى الوزن لم يجـــز ، لأن الحنطـــة مكيلة ، والتساوى فى الكيل شرط جواز البيـــع فى المكيلات ، ولا تعـــلم المســـاواة بينهمـــا فى الـــكيل ، فـــكان بيـــع الحنطـــة بالحنطـــة مجـــازفة •

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعـــالى أنه اذا غلب استعمال الوزن فيهـــا تصـــير وزنية ، ويعتبر التساوى فيهـــا بالوزن وان كانت فى الأصل كيليـــة •

وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة أنهمـــا لا يجـــوزان •

لأن المزابنة بيع التمر على رؤوس النخـــل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهمـــا أكثر ، وبيع الزبيب بالعنب لا يدرى أيهمـــا أكثـــر •

والمحاقلة بيع الحب فى السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر ، فكان هذا بيع مال الربا مجـــازفة ، لأنه لا تعرف المساواة بينهما فى الكيل •

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٣ ، ص ١٩٤

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة .

ولو اشترى فضة مع غيرها بفضة مفـــردة بأن اشترى سيفا محلى بفضـــة مفـــردة أو اشترى ذهبـــا وغيره بذهب مفـــرد ، كمـــا اذا اشـــترى ثوبا منســـوجا بالذهب بذهب مفرد ، أو جارية مـــع حليها وحليهـــا ذهب بذهب مفـــرد ونحـــو ذلك ، فانه لا يجـــوز مجـــازفة عنـــدنا ، بل يراعى فيـــه طريق الاعتبار ، وهو أن يكون وزن الفضة المفـــردة أو الذهب المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه ، فلا يتحقق الربا .

فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع أو كان مثله لا يجوز .

وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه أنه أكثر ، أو أقل ، أو اختلف أهل النظـــر فيه ، فقال بعضهم : الثمن أكثـــر ، وقال بعضهم : هو مثله لا يجوز عندنا .

وعند زفر يجوز ، ووجه قوله أن الأصـــل فى البيع جـــوازه والفساد يعـــارض الربا وفى وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك .

ويشترط[1] فى المسلم فيه أن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت الأجل .

فان لم يكن موجودا عند العقد ، أو عند محل الأجل ، أو كان موجـــودا فيهما لكنه انقطع

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ٢١١ الطبعة السابقة .

من أيـــدى النـــــاس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشـــباه ذلك ، فلا يجوز الســـلم ، لأن القـــدرة على التسليم ثابتـــة للحال ، وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك .

فان بقى حيا الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبـــل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشـــك فى ثبوتهـــا فلا تثبت مع الشك .

مذهب المـــالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى[2] عليه : أنه ان اشترى على رؤية متقـــدمة ، فادعى المشترى أنه ليس على الصفـــة التى رآه عليها ، وادعى البائع أنه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التى رآه المشترى عليها ولم يتغـــير .

فان حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا ؟

فان قطع أهل المعرفة بعدم التغير ، فالقول للبـــائع بلا يمين .

وان قطع بالتغير فالقول للمشترى .

وان رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٢٥ طبع مطبعة دار أحياء الكتب العربية طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

وكره بيـــع[١] ، مغشـــوش ، كذهب فيه فضة بمثله مراطلة أو مبادلة ، أو غيرهمـــا لمن لا يؤمن أن يغش به ، بأن شـــك فى غشه وفســـخ ممن يعلم أنه يغش به ، فيجب رده على بائعـــه ، الا أن يفوت بذهاب عينـــه ، أو يتعذر المشترى .

فان فات فهل يتجدد ملكه لثمن المغشوش فـــلا يجب أن يتصـــدق به ، وان ندب له التصـــدق أو يتصـــدق وجوبا بالجميـــع أى جميع الثمن ، أو بالزائد على فرض بيعـــه ممن لا يغش به ، لأنه اذا بيع ممن يغش يباع بأزيد ؟ أقوال أعدلها ثالثها .

وجـــاء فى الحطـــاب[٢] : ومن باع ثوبا ، وادعى المشـــترى أن شراءه كان أكثر ممـــا باعه به ، وأنه غلط فيـــه ، واختلط له بغيره ، ولم يمكن الفـــرز والتمييز ، فان كان البيـــع مرابحـــة صـــدق ، وان كانت له شـــبهة من رقم أو شهادة قوم على ما وقع به عليـــه فى مقاسمة أو شـــبه ذلك .

واختلف ان ادعى الغلط فى بيع المساومة ، وزعم أنه اختلط له بغيره ، وهو ذو أثواب كثيرة ، فقيل : انه بمنزلة المرابحـــة ، وهـــو ظاهر الرواية .

وما فى كتاب الأقضية من المدونة وما فى نوازل سحنون من كتاب العيوب محتمل .

وقيل : البيع لازم ، ولا حجة له فيمـــا ذكر واليه ذهب ابن حبيب .

سئل مالك عمن باع مصلى فقال المشترى : أتدرى ما هـــذا المصـــلى ؟ هى والله خـــز ، فقـــال البائع : ما علمت أنه خـــز ، ولو علمته ما بعتـــه بهـــذا الثمن ، قال مالك : هـــو للمشـــترى ، ولا شىء للبـــائع لو شـــاء استبرأه قبل بيعـــه .

وكذا لو باعه مرويا ، ثم قال : لم أعلم أنه مروى ، انمـــا ظننته كذا أو كذا أرأيت لو قال مبتـــاعه ما اشتريتـــه الا ظنـــا أنه خز وليس بخـــز فهذا مثله .

وكذا من باع حجرا بثمن يســـير ، ثم تبين أنه ياقوتة أو زبرجدة تبلغ مالا كثيرا لو شـــاء استبرأه قبـــل البيـــع .

بخلاف من قال اخرج لى ثوبا مرويا بدينار فأخرج له ثوبا أعطـــاه اياه ثم وجـــده من أثمـــان أربعـــة دنانير هـــذا يحلف ويأخـــذ ثـــوبه .

قال ابن رشـــد فى ســـماع أبى زيد خلاف هذا أن من اشترى ياقوتة ، وهـــو يظنهـــا حجـــرا ، ولا يعرفها البـــائع ولا المبتـــاع فيجـــدها على ذلك ، أو يشترى القرط يظنـــه ذهبـــا فيجـــده نحاســـا أن البيـــع يرد فى الوجهـــين .

وهذا الاختلاف انمـــا هـــو اذا لم يسم أحدهمـــا الشىء بغير اســـمه ، وانمـــا ســـماه باســـم يصلح له على كل حال .

---

(١) المرجع الســـابق ج ٣ ص ٤٣ الطبعة السابقة .

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليـــل وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٤ ص ٤٦٦ ، ص ٤٦٧ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٨هـ الطبعة الأولى .

ثم قول البـائع أبيعك هذا الحجـــر ، أو قول المشترى : بع منى هــذا الحجـر ، فيشتريه وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة ، أو يبيــع البـائع يظن أنهـــا ياقوتة ، فاذا هو غير ياقوتة ، فيلزم المشترى •

وان علم البـائع أنهـا غير ياقوتة والبائع البيــــع وان علم المشترى أنهـــا ياقوتة على رواية أشهب •

ولا يلزم ذلك فى الوجهين على ما فى سـماع أبى زيد •

وأما اذا سـمى أحدهمـا الشىء بغـير اسـمه ، مثل أن يقـول البـائع أبيعـك هــذه اليـاقوتة فيجـدها غير ياقوتة ، أو يقول المشترى بع منى هــذه الزجاجة ، ثم يعلم البـائع أنهـا ياقوتة ، فلا خـلاف فى أن الشراء لا يلزم المشترى والبيع لا يلزم البائع ، وكذا القول فى المصلى وشبه ذلك •

وأما القرط يظنه المشترى ذهبـا يشترط أنه ذهب فيجـده نحاسا ، فلا خـلاف أن له أن يرده اذا كان قد صـنع على صـــفة أقراط الذهب ، أو كان مغسولا بالذهب •

وقد اختلف اذا أبهم أحدهما لصـاحبه فى التسمية ولم يصرح •

فقال ابن حبيب أن ذلك يوجب الرد •

وقال غيره غير ذلك •

وقال مالك[١] فيمن خلط سـلعة بتركة ميت ولم يبين فان للمبتـاع الرد ، وكذلك فيمـا جـلب من رقيـق أو حيـوان فخلط اليهـا رأسـا ، أو دابة ويصيح عليه الصـائح ، فان لمبتـاعه الرد اذا علم •

مذهب الشافعيـة :

جـاء فى مغنى المحتاج[٢] : أنه لا يصـح بيـع اللبن فى الضرع وان حلب منـه شىء ورؤى قبـل البيع ، للنهى عنـه ، ولاختلاطه بالحـادث ، ولأن تسـليمه انمـا يمكن باستئصاله ، وهو مؤلم للحيوان •

فان قبض قبضـة وقـال : بعتك هـذه ، صـح قطعـا كما فى المجموع •

ولا يصح بيـع الأكارع والرءوس قبـل الابانة •

ولا المذبوح أو جـلده أو لحمـه قبـل السـلخ أو السـمط ، لأنه مجهول •

قال الأذرعى : وكذا مسـلوخ لم ينق جـوفه وبيـع وزنا ، فان بيـع جـزافا صـح •

بخـلاف السمك والجـراد فيصح مطلقا ، لقـلة ما فى جوفه •

ولا يصح بيـع مسـك اختلط بغـيره لجهل المقصـود كنحـو لبن مخلوط بنحـو

(١) مواهب الجليـل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٤٩٢ ، ص ٤٩٣ الطبعة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٢ ص ٢٠ ، ص ٢١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ

ماء ، نعم ان كان معجونا بغيره كالغالية والند صح ، لأن المقصود بيعهما ،لا المسك وحده .

ولو باع المسك فى فأرته لم يصح .

ولو فتح رأسها كاللحم فى الجلد فان رآها فارغة ثم ملئت مسكا لم يره ثم رأى أعلاه من رأسها أو رآه خارجها ثم اشتراه بعد رده اليها جاز .

ولو باعه السمن وظرفه ، أو المسك وفأرته ، كل قيراط بدرهم مثلا صح وان اختلفت قيمتهما ان عرفا وزن كل واحد منهما وكان للظرف قيمة ، والا فلا يصح .

ويجوز بيع حنطة مختلطة بشعير كيلا ووزنا وجزافا .

ولا يصح بيع تراب معدن قبل تمييزه من الذهب والفضة ولا تراب صاغه ، لأن المقصود مستور بمالا مصلحة له فيه عادة ، كبيع اللحم فى الجلد .

ولو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه ، فباعه على أن ينسج البائع الباقى ، لم يصح البيع قطعا ، نص عليه .

والأصح ان وصف الشىء الذى يراد بيعه بصفة السلم أو سماع وصفه بطريق التواتر لا يكفى عن الرؤية ، لأنها تفيد أمورا تقصر عنها العبارة وفى الخبر « ليس الخبر كالعيان » .

وجاء فى نهاية المحتاج[1] : أن من باع ما بدا صلاحه من ثمر أو زرع وأبقى لزمه سقيه ، حيث كان مما يسقى قبل التخلية وبعدها قدر ما ينميه ويقيه من التلف ، لأنه من تتمة التسليم الواجب ، كالكيل فى المكيل ، والوزن فى الموزون .

فلو شرط كونه على المشترى بطل البيع ، لمخالفته مقتضاه .

فلو باعه مع شرط قطع أو قلع لم يجب بعد التخلية سقى كما بحثه السبكى ، الا اذا لم يتأت قطعه الا فى زمن طويل يحتاج فيه الى السقى ، فنكلفه ذلك فيما يظهر أخذا من تعليلهم المذكور ، وان نظر فيه الأذرعى .

ولو باع الثمرة لمالك الشجرة لم يلزمه سقى ، كما هو ظاهر .

وفى كلام الروضة ما يدل له ، لانقطاع العلق بينهما .

ويتصرف مشترى ما ذكر بعد التخلية ، لحصول القبض بها .

ولو عرض مهلك أو تعيب بعد التخلية من

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى وبهامشه المغربى ج ٤ ص ١٤٩ وما بعدها طبع مطبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ومغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشربينى الخطيب ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها الطبعة السابقة .

غير ترك سقى واجب كبرد بفتح الراء واسكانها •

فالجديد : أنه من ضمان المشترى ، لما تقرر من حصول القبض بها لخبر مسلم « ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالتصدق على من أصيب فى ثمر اشتراه ، ولم يسقط ما لحقه من ثمنها » فخبره أنه أمر بوضع الجوائح محمول على الأول أو على ما قبل القبض جمعا بين الدليلين •

أما لو عرض المهلك من ترك ما وجب على البائع من السقى كان من ضمانه •

والقديم أنه من ضمان البائع •

ولو كان مشترى الثمر مالك الشجر ضمنه جزما ، كما لو كان المهلك نحو سرقة أو بعد أوان الجذاذ بزمن يعد التأخير فيه تضييعا •

أما ما قبلها فمن ضمان البائع •

فان تلف البعض انفسخ فيه فقط •

ولو تعيب الثمر المبيع منفردا من غير مالك الشجر بترك البائع السقى الواجب عليه ، فللمشترى الخيار ، لأن الشرع الزم البائع التنمية بالسقى فالتعييب بتركه كالتعييب قبل القبض ، حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضا •

هذا كله ما لم يتعذر السقى •

فان تعذر بأن غارت العين ، أو انقطع ماء النهر فلا خيار له كما صرح به أبو على الطبرى ، ولا يكلف فى هذه الحالة تكليف ماء آخر ، كما هو قضية نص الأم ، وكلام الجوينى فى السلسلة •

فان آل التعييب الى التلف والمشترى عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البائع فى أحد وجهين ، كما رجحه بعض المتأخرين •

ولو بيع نحو ثمر قبل أو بعد بدو صلاحه بشرط قطعه ، ولم يقطع حتى هلك بجائحة ، فأولى بكونه من ضمان المشترى ما لم يشرط قطعه لتفريطه •

ومن ثم قطع بعضهم بكونه من ضمانه •

وقطع بعض آخر بكونه من ضمان البائع •

قال الأذرعى : لا وجه له اذا أخر المشترى عنادا •

ولو بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ، ولو بعضه مما يندر اختلاطه ، أو يتساوى فيه الأمران ، أو يجهل حاله ، صح بشرط القطع والابقاء •

ومع الاطلاق أو مما يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود ، بحيث لا يتميزان كتين وقثاء وبطيخ ، لم يصح البيع ، لانتفاء القدرة على تسليمه ، الا أن يشترط المشترى أى أحد المتعاقدين ويوافقه الآخر قطع ثمره أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيع حينئذ ، لانتفاء المحذور •

فلو لم يتفق قطع حتى اختلط فكما فى قوله ولو حصل الاختلاط قبل التخلية

فيمـــا يندر فيه الاختلاط ، أو فيمـــا يتساوى فيــــه الأمران ، أو جهـــل فيـــه الحـــال ، فالأظهـــر أنه لا ينفسخ البيـــع ، لبقـــاء عين المبيع ، وتسليمه ممكن بالطريق الآتى :

فدعوى مقابلة تعذره ممنوع ، وان صححه النووى فى بعض كتبه ، وانتصر له جمـــع من المتـــأخرين ، وادعوا أنه المذهب •

بل يتخير المشترى بين الاجازة والفسخ ، اذ الاختلاط عيب حدث قبـــل التسليم •

ويؤخـــذ من ذلك تصـــحيح ما دل كلام الرافعى عليه أنه خيـــار عيب فيكون فوريا ، ولا يتـــوقف على حـــاكم لصـــدق حـــد العيب السابق عليه ، فانه بالاختلاط صـــار ناقص القيمة ، لعـــدم الرغبة فيه حينئـــذ ، وان ذهب كثـــيرون الى أنه على التراخى ، وتوقفه على الحاكم ، لأنه لقطـــع النزاع ، لا للعيب •

والثانى ينفسخ ، لتعذر تسليم المبيع •

وعلى الأول فان سمح بفتح الميم له البائع بمـــا حدث بهبة أو غيرها ويملك به أيضـــا هنا ، كما فى الأعراض عن السنابل ، بخلافه عن النعل لأن عوده الى المشترى متـــوقع ، ولا سبيل هنـــا الى تمييز حق البائع ســـقط خيـــاره فى الأصح ، لزوال المحذور ، ولا أثر للمنة هنا لكونها فى ضـــمن عقـــد ، وفى مقابلة عـــدم فســـخه •

والثانى : لا يسقط ، لمـــا فى قبـــوله من المنـــــة •

وكلام المصنف كأصله تبعا للامام والغزالى يقتضى تخيير المشـــترى أولا حتى تجـــوز مبـــادرته للفســـخ •

فان بادر البـــائع أولا وســـمح ســـــقط خيـــاره وهو الأصح •

وان قال فى المطـــلب أنه مخـــــالف لنص الشافعى والأصحاب ، فانهم خيروا البـــائع أولا فان ســـمح بحقـــه أقـــر العقـــــد ، والا فســـخ •

أما لو وقع الاختـــلاط بعـــد التخليـــة ، فلا انفســـاخ أيضـــا ، ولا خيـــار ، بل ان اتفقـــا على شىء ، فذاك ، والا صـــــدق ذو اليـــد بيمينه فى قدر حق الآخر •

وهل اليـــد بعـــد التخليـــة للبـــائع ، أو للمشترى ، أولهما ؟ فيه أوجه •

أوجهها ثانيها كما اقتضاه كلام الرافعى •

ولو اشترى شجرة وعليهـــا ثمرة للبـــائع يغلب تلاحقها ، ففى وجـــوب القطـــع ووقوع الاختـــــلاط والانفســـاخ مـــا مر ، خـــلافا لبعضـــهم •

ولو باع جزة من القت مثلا بشرط القطـــع فلم يقطعها حتى طالت وتعذر التمييز جـــرى القـــولان •

ويجريان أيضـــا فيما لو باع حنطة فأنصب عليهـــــا مثلهـــــا قبـــــل القبض ، وكذا فى المائعـــات •

ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعـــة بأمثالهـــا ، فالصحيح الانفســـاخ ، لأن ذلك

يورث الاشتباه ، وهـو مانع من صـحة العقـد ، ولو فرض ابتـداء ، وفى نحـو الحنطـة غاية ما يلزم الاشـاعة ، وهى غـير مانعـة .

وجاء فى مغنى المحتـاج [١] : ان المالك ان قارض شـخصا على مالين فى عقـدين ، فخلطهما ، ضمن ، لتعـديه فى المـال ، بل ان شرط فى العقـد الثـانى بعـد التصرف فى المـال الأول ، ضم الثانى الى الأول فسـد القراض فى الثانى ، وامتنع الخلط ، لأن الأول استقر حكمه ربحـا وخسرانا .

وان شرط قبـل التصرف صـح ، وجـاز الخلط ، وكأنه دفعهمـا اليه معـا ، نعم ان شرط الربح فيهمـا مختلفا امتنع الخلط .

ويضمن العامل أيضـا لو خلط مال القراض بمـاله ، أو قارضـه اثنـان فخـلط مال أحدهما بمـال الآخـر ، ولا ينعـزل بذلك عن التصرف كما نقله الامام عن الأصحاب .

واذا اشترى بألفى المقارضين له عبـدين فاشتبها عليه وقعـا له ، وغرم لهما الألفين ، لتفريطه بعدم الأفراد .

مذهب الحنابلة :

جاء فى قواعد ابن رجب [٢] : أن القـرعة تسـتعمل فى تمييـز المسـتحق اذا ثبت الاستحقاق ابتـداء لمبهم غير معين عنـد تساوى أهل الاستحقاق .

ويستعمل أيضـا فى تمييز المستحق المعين فى نفس الأمر عند اشتباهه ، والعجـز على الاطلاع عليه .

وسواء فى ذلك الأموال والابضاع فى ظاهر المذهب .

وفى الابضاع قول آخر : أنه لا تؤثر القرعة فى حل المعين منها فى الباطن .

ولا يستعمل فى الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب .

ويستعمل فى حقوق الاختصاص والولايات وغيرهما ولا تستعمل فى تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء .

وفى الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميـز اليمين المنسية .

ولو اشتبه [٣] عبده بعبد غيره فهـل يصـح بيـع عبـده المشتبه من مال الآخـر قبـل تمييـزه ؟

قال القاضى فى خلافه يحتمل أن لا يصـح العقد حتى يقع التمييز .

وبماذا يقـع ؟ يحتمل أن يقـرع بينهمـا

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج ٢ ص ٢٩٨ الطبعة السابقة .
(٢) من كتاب القواعد للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٤٨ القاعدة ١٦٠. الطبعة الأولى طبع مطبعة الصـدق الخيرية بمصر مكتبة الخانجى بمصر .

(٣) المرجع السابق لابن رجب الحنبلى ج ١ ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠ الطبعة السابقة .

فيعين بالقرعة ، ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره •

ويحتمل أن يقف على المراضاة ولو سلمناه فلأن الجهالة هنا بغير فعله فعفى عنها •

قال وأجود ما يقال فيها : أنهما يبيعان العبدين ويقتسمان الثمن على قيمة العبدين ، كما قلنا اذا اختلط زيته بزيت الآخر ، وأحدهما أجود من الآخر ، انهما يبيعان الزيت ، ويقتسمان الثمن على قدر القيمة •

وذكر الشيخ تقى الدين [١] أن مقتضى المذهب أنه اذا شهدت البينتان بالعقدين ، أو الاقرارين أو الحكمين ، أن يصدق البينتان به ان علم السابق ، والا كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين ، ولا يعلم السابق منهما ، فهنا اما أن يقرع أو يبطل على صاحب اليد •

قال : قياس المذهب فيما اذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يفسخهما ، الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه ، فانه يقرع ، لأن من أصلنا : أنه اذا اشتبه المالك بغير المالك أو الملك بغير الملك ، فانا نقرع ، فاذا أمكن فسخ العقد ، ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من خطر القرعة •

وجاء فى المغنى [٢] : أنه ان اشترى زيتا فخلطه بزيت ، أو قمحا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع ، لأنه لم يجد عين ماله ، فلم يكن له الرجوع ، كما لو تلفت ، ولأن ما يأخذه من غير عين ماله انما يأخذه عوضا عن ماله ، فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ما له •

وجاء فى كشاف القناع [٣] : أنه ان اختلط المبيع بكيل ونحوه بغيره ، ولم يتميز لم ينفسخ البيع ، لبقاء عين المبيع ، وهما أى المشترى ومالك ما اختلط به المبيع شريكان فى المختلط بقدر ملكيهما •

وجاء فى الشرح الكبير على المغنى [٤] : أنه ليس للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ، فان فعل ولم يتميز ضمنه ، لأنه أمانة فهو كالوديعة ، فان قال له أعمل برأيك جاز ذلك ، لأنه قد يرى الخلط أصلح له ، فيدخل فى قوله : اعمل برأيك •

وهكذا القول فى المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول له : أعمل برأيك ، فيملكها •

وان مات [٥] المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين فى تركته ، لأن الأصل بقاء المال فى يده ، واختلاطه بجملة التركة

(١) قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٦٤ ، ص ٣٦٥ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٤٦٣ ويليه الشرح الكبير على متن المقنع طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

(٣) كشاف القناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٨١ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ١١٠ الطبعة السابقة .

(٤) الشرح الكبير على المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٥ ص ١٥٤ الطبعة السابقة .

(٥) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٥ ص ٧٤ الطبعة السابقة .

ولا سبيل الى معرفة عينة ، فكان دينـــا ، كالوديعة اذا لم يعرف عينها ، وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ، ولأنه لا سبيل الى اسقاط حق رب المـــال ، لأن الأصـــل بقـــاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ، ولا سبيل الى اعطائه عينا من التركة ، لأنه يحتمـــل أن تـــكون غير مال المضـــاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[١] : أنه ان بيـــع شىء من الغائبات بغير صفة ، ولم يكن ممـــا عـــرفه البـــائع ، لا برؤية ، ولا بصـــفة من يصـــدق ممن رأى ما باعه ولا ممـــا عرفه المشـــترى برؤية أو بصفة من يصدق ، فالبيـــع فاســـد مفســـوخ أبدا ، لا خيـــار فى جـــوازه أصـــلا

ويجوز ابتياع المرء ما وصفه له البـــائع ، ســـواء صـــدقه أو لم يصدقه .

ويجوز بيـــع المرء ما وصفه له المشـــترى صـــدقه ، أو لم يصدقه .

فان وجد المبيع بتلك الصفة فالبيع لازم .

وان وجد بخلافها فالبيـــع باطل ولابد .

ويجوز بيـــع الحب بعـــد اشتداده كمـــا هو فى أكمامه بأكمامه ، وبيـــع الكبش حيـــا ومذبوحا كله لحمه مع جلده ، وبيـــع الشـــاة بمـــا فى ضرعهـــا من اللبن ، وبيـــع النـــوى مع التمر ، لأنه كله ظاهر مرئى .

ولا يحل بيعه دون أكمامه ، لأنه مجهول ، لا يدرى أحد صفته ، ولا بيـــع اللحم دون الجـــلد ، ولا النوى دون التمـــر ، ولا اللبن دون الشاة كذلك .

ولا يخلو بيع كل ذلك قبل ظهوره من أن يكون اخراجه مشترطا على البـــائع ، أو على المشترى ، أو عليهما ، أو على غيرهمـــا ، أو لا على أحـــد .

فان كان مشـــترطا على البـــائع أو على المشترى ، فهـــو بيـــع[٢] بثمن مجهـــول ، واجارة بثمن مجهـــول ، وهـــذا باطل ، لأن البيـــع لا يحل بنص القرآن الا بالتراضى والتراضى بضرورة الحس لا يمكن أن يكون الا بمعلوم لا بمجهول ، فكذلك ان كان مشترطا عليهما أو على غيرهما .

والبرهان على بطلان بيـــع مالم يعـــرف برؤية ولا بصـــفة صحة نهى النبى صـــلى الله عليه وســـلم عن بيـــع الغرر ، وهـــذا عين الغرر ، لأنه لا يدرى ما اشترى أو باع ، وقول الله تعالى « الا أن تكون تجـــارة عن تراض منكم »[٣] ، ولا يمكن أصـــلا وقوع التراضى على ما لا يدرى قدره ولا صفاته .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٤٢ مسألةرقم ١٤١٣ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٤٣ الطبعة السابقة .

(٣) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .

وبيع العبـــد الآبق[1] ســـواء عرف مكانه أو لم يعرف جائز •

وكذلك بيـــع الجمل الشارد ســـواء عرف مكانه أو لم يعـــرف •

وكذلك الشارد من ســـائر الحيوان ، ومن الطير المنفلت وغيره اذا صح الملك عليـــه قبل ذلك ، والا فلا يحل بيعـــه •

وأما كل ما لا يملك أحـــد بعـــد ، فانه ليس أحد أولى به من أحـــد ، فمن باعه فانما باع ما ليس له فيـــه حـــق فهـــو أكل مال بالبـــاطل •

وأما ما عدا ذلك من كل ما ذكرنا فقـــد صح ملك مالكه له •

وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص ان شـــاء وهبـــه ، وان شـــاء باعه ، وان شـــاء أمسكه ، وان مات فهو موروث عنه ، لا خلاف فى أنه ماله وموروث عنه فما الذى حرم بيعـــه وهبتـــه •

وقد أبطلنا قول من فرق بين الصيد يتوحش وبين الأبل والبقر والغنم والخيل يتوحش •

وكذلك لا فرق بين الصيد من الســـمك ، ومن الطير ، ومن النحل ، ومن ذوات الأربع ، كل ما ملك من ذلك فهو مال من مال مالكه بلا خلاف من أحـــد •

ولا يحـــل بيـــع شىء من المغيبـــات [2] دون ما عليها أصـــلا ، فلا يحل بيع النوى — أى نوى كان — قبـــل اخراجه واظهـــاره دون ما عليـــه •

ولا بيـــع المسك دون النافجة قبل اخراجه من النافجـــة •

ولا بيـــع البيض دون القشر قبل اخراجه عنـــه •

ولا بيـــع حب الجوز واللوز والفســـتق والصنوبر والبلوط والقسطل والجـــلوز وكل ذى قشر دون قشره قبل اخراجه من قشره •

ولا بيع العسل دون شمعه قبل اخراجه من شـــمعه •

ولا لحم شاة مذبوحة دون جلدها قبـــل سلخهـــا •

ولا بيـــع زيت دون الزيتـــون قبل عصره ولا بيع شىء من الأدهان دون ما هو فيه قبل اخراجه منها ولا بيع حب البر دون أكمـــامه قبل اخراجه منهـــا •

ولا بيع سمن من لبن قبل اخراجه •

ولا بيع لبن قبل حلبه أصلا •

ولا بيع الجزر والبصل والكرات والفجـــل قبل قلعه ، لا مع الأرض ولا دونهـــا ، لأن كل ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ، ولا صفته ، ولا رآه أحـــد فيصـــفه ، وهو أيضـــا أكل

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٨٨ مسألة رقم ١٤٢١ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ٣٩٤ ، ص٣٩٥ مسألة رقم ١٤٢٥ الطبعة السابقة .

مال بالبـــــاطل ، قال الله تعــالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالبــاطل الا أن تكون تجــارة عن تراض منــكم » ، وبالضرورة يدرى كل أحــد أنه لا يمكن البتــة وجــود الرضى على مجهــول ، انمــا يقع التراضى على ما علم وعرف ، فاذ لا ســبيل الى معرفة صــفات كل ما ذكرنا ، ولا مقــداره ، فلا ســبيل الى التراضى به ، واذ لا ســـبيل الى التراضى ، فلا يحــل بيعــه ، وهو أكل مال بالباطل .

وأما الجزر والبصــل والكرات والفجــل فكل ذلك شىء لم يره قط أحـــد ، ولا تدرى صــفته ، فهــو بيــع غرر ، وأكل مال بالباطل اذا بيــع وحــده ، وأما بيعــه بالأرض معــا فليس ممــا ابتــدأ الله تعــالى خلقــه فى الأرض ، فيكون بعضها ، وانمــا هــو شىء من مال الزارع لهــا أودعه فى الأرض ، كمــا لو أودع فيهــا شــــيئا من ســائر ماله ولا فرق ، فمــا لم يستحل البذر عن هيئتــه فبيعــه جائز مع الأرض ودونهــا ، لأنه شىء موصـــوف معــروف القــدر ، وقد رآه بائعه أو من وصــــفه له فبيعــــه جــائز ، لأن التراضى به ممكن ، وأما اذا استحال عن حاله فقد بطــل أن يعــرف كيف هو وما صفته ، وليس هــو من الأرض ، ولكنه شىء مضاف اليهــا ، فهــو مجهــول الصــفة جمــلة ، ولا يحــل بيــع مجهول الصــفة بوجه من الوجوه ، لأنه بيــع غرر حتى يقلع ويرى .

ولا يحل[1] بيـــع مخيض لبن قبــــل أن يمخض ، ولا يحــل السمن دون الجبن قبــل عصره ، لأنه لا يرى ولا يتميز ، ولا يعــرف مقــداره ، فقــد يخرج المخض والعصـــير قليلا ، وقد يخرج كثيرا .

ولا يحل بيع تراب[2] الصــاغة أصلا بوجه من الوجــوه ، لأنه انمــا يقصــد المشترى ما فيـــه من قطــع الفضــة والذهب ، وهــو مجهــول لا يعــرف فهو غــرر ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وســلم عن بيــع الغـــرر .

ويجوز[3] بيع ما ظهر من المقاتى وان كان صغيرا جدا ، لأنه يؤكل .

ولا يحــل بيــع ما لم يظهــر بعــد من المقــاتى والياســمين والنــور وغير ذلك ، ولا جزة ثانيــة من الفصــيل ، لأن كل ذلك بيــع ما لم يخلق ، ولعله لا يخــلق ، وان خــلق فــلا يدرى أحــد غــير الله تعــالى ما كميته ، ولا ما صــفاته ، فهــو حرام بكل وجه ، وبيــع غرر ، وأكل مال بالباطل .

ولا يحل بيع[4] شىء غير معين من جمــلة مجتمعــة لا بعــدد ولا بوزن ولا بكيل ، كمن باع رطــلا ، أو قفيزا ، أو صــاعا ، أو أوقية من هذه الجمــلة من الثمر ، أو البر ، أو

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٩٨ ، ص ٣٩٩ مســألة رقم ١٤٢٦ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ٤٠٤ مسألة رقم ١٤٢٩ الطبعة السابقة .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٠٧ مسألة رقم ١٤٣٤ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٢٩ ، ص ٤٣٠ مسألة رقم ١٤٥٨ الطبعة السابقة .

اللحم ، أو الدقيق ، أو كل مكيل فى العالم ، أو موزون كذلك .

وبرهان ذلك قول الله تعـــالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجـارة عن تراض منكم »[١] فحـرم الله تعـــالى أخـذ المرء مال غيره بغير تراض منهمـــا ، وســـماه باطلا .

وبضرورة الحس[٢] يدرى كل أحـــد أن التراضى لا يمكن البتة الا فى معلوم متميز .

وكيف أن قال البائع : أعطيك من هـــذه الجهة وقال المشترى : بل من هـــذه الجهـة كيف العمـــل ؟

وبرهان آخر وهو نهى رسول الله صـــلى الله عليه وسلم عن بيـــع الغرر ، ولا غـــرر أكثر من أن لا يدرى البائع أى شىء هو الذى باع ، ولا يدرى المشترى أى شىء اشترى ، وهذا حرام بلا شك .

ولا يجـــوز بيع[٣] شىء لا يدرى بائعـــه ما هو ، وان دراه المشترى ، ولا ما لا يدرى المشـــترى ما هـــو ، وان دراه البـــائع ، ولا ما جهـــلاه جميعا ، كمن اشترى فصـــا لا يدرى أزجاج هو أم ياقوت فوجده ياقوتا، وهكذا فى كل شىء .

وبرهان ذلك ما ذكرنا .

ومن أسلم[٤] فى صنفين ولم يبين مقـــدار كل صنف منهما ، فهو باطل مفســـوخ ، مثل أن يسلم فى قفيزين من قمح وشـــعير ، لأنه لا يدرى كم يكون منهمـــا قمحا ، وكم يكون شعيرا ، ولا يجوز القطع بأنهما نصفان ، لأنه لا دليل على ذلك .

ولابد من وصف ما يسـلم فيه بصـــفاته الضابطة له ، لأنه ان لم يفعل ذلك كان تجارة عن غير تراض اذ لا يدرى المسلم ما يعطيـــه المسلم اليه ، ولا يدرى المسلم اليه ما يأخذ منه المسلم ، فهو أكل مال بالباطل والتراضى لا يجوز ولا يمكن الا فى معلوم .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[٥] : أنه يجوز معاملة الظالم بيعـــا وشراء فيمـــا لم يظن تحريمـــه من مغصـــوب أو غيره .

فأما فيما علم أو ظن تحريمه ، فانه لا يجوز بلا أشـــكال .

ولا أشكال فى جواز ما علم أو ظن أنه حلال . ولكنه يكره ، لأن فى ذلك ايناســـا لهم .

وأما اذا التبس عليه الأمر بعد علمه أن الشـــخص الذى يعـــامله معه ما هـــو حلال وحـــرام ، فظـــاهر المذهب أنه يجوز .

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٣٠ مسألة رقم ١٤٥٧ الطبعة السابقة .
(٣) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٣٩ مسألة رقم ١٤٦٢ الطبعة السابقة.

(٤) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١١٣ مسألة رقم ١٦١٩ الطبعة السابقة .
(٥) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ١٥ ، ص ١٦ الطبعة السابقة .

وقال المــؤيد بالله انه لا يجــوز ، وأن الظاهر مما فى أيدى الظلمة أنه حرام .

وفى الزوائد عن أبى جعفر الناصر وأبى هاشــم وقاضى القضـــاة أنه يجــوز ، بشرط أن يكون الأكثر ممـــا فى أيديهم حلالا .

وفى الزوائد أيضـــا عن المؤيد بالله وأبى على والفقهـــاء أنه يجــوز بشرط أن يقــول من هو فى يده أنه حلال .

هذا اذا كان اللبس مع شخص واحد .

وأما اذا كان اللبس بين أشــخاص فان التبس من معه الحرام بقــوم غير محصورين جاز بلا اشكال وان كان بين قوم محصورين قال الفقيه على فلعله جائز بالاجماع .

وان اختلط[1] التمر والأغصـــان والورق الموجود فى الشجر عنــد العقــد بمـــا حدث على تلك الشـــجر من غير تلك التى لم تدخل بعــد أن صارت فى ملك المشترى حتى التبست القديمة بالحادثة بعــد العقد قبل القبض .

قال البعض فســـد العقــد بذلك ، لأنه تعذر به تسليم المبيع ، ذكر ذلك أبو مضر .

وقال يحيى هذا ضعيف والصـــحيح أنه لا يفســد ، لأن الجهـــالة طارئة ، وأيضـــا فان المبيع متميز وانما الجهالة فى أمر حادث .

قال مولانا عليه السلام وهذا هو الصحيح .

أما اذا كان الاختلاط بعــد قبض المبيع ، فانه لا يؤثر فى العقد .

مذهب الأماميـــة :

جاء فى الروضة[2] البهية : أنه لو تنـــازع المأذونان بعد شراء كل منهمـــا صاحبـــه فى الأسبق منهما ليبطل بيع المتأخر لبطلان الاذن بزوال الملك ولا بينـــة لهمـــا ولا لأحدهمـــا بالتقـــدم ، قيـــل : يقـــرع ، والقـــائل بهـــا مطلقا غير معـــلوم .

والذى نقـــله المصنف وغـــيره عن الشيخ القـــول بها مع تســـاوى الطريقين عمـــلا برواية وردت بذلك .

وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق .

وقيل يمسح الطريق التى سلكهـــا كل واحد منهمـــا الى مولى الآخر .

ويحـــكم بالســـبق لمن طريقـــه أقرب مع تساويهما فى المشى فان تساويا بطل البيعـــان لظهور الاقتران ، هـــذا اذا لم يجز الموليان ، ولو أجيـــز عقدهمـــا فـــلا اشـــكال فى صحتهمـــا .

ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصـــة من غير توقف على اجازة ، الا مع اجـــازة الآخر ، فيصح العقـــدان ، ولو كانا وكيلين صـــحا معـــا .

---

(١) المرجع الســـابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتاح ج ٣ ص ١٢٩ الطبعة السابقة .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ١ ص ٣٠٠ ، ص ٣٠١ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ .

والفـــــرق بين الاذن والوكالة أن الاذن ما جعلت تابعـــة للملك ، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا ، والفـــارق بينهما مع اشتراكهما فى مطلق الاذن •

أما تصريح المولى بالخصوصيتين أو دلالة القـــرائن عليه ولو تجـــرد اللفظ عن القرينة لأحدهمـــا فالظـــاهر حمله على الاذن لدلالة العرف عليـــه •

وأعلم أن القول بالقرعة لا يتم مطلقـــا فى صورة الاقتران ، لأنها لاظهـــار المشـــتبه ، ولا اشتباه حينئذ •

وأولى بالمنـــع تخصيصها فى هذه الحالة •

والقول بمسح الطريق مستند الى رواية ليست سليمة الطريق •

والحكم للسابق مع علمه لا اشكال فيه ، كما أن القول بوقوفه مع الاقتران كذلك ، ومع الاشتباه تتجه القـــرعة ، ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقعتين لاخراجه ، ومـــع اشتباه الســـبق والاقتران ينبغى ثلاث رقع ، فى احداها الاقتران ، ليحـــكم بالوقوف معه ، هـــذا اذا كان شراؤهمـــا لمولاهما •

أما لو كان لأنفسهما كما يظهـــر من الرواية فان أحلنـــا ملك العبـــد بطـــلا ، وان أجزناه صح الســـابق وبطـــل المقـــارن واللاحق حتما اذ لا يتصـــور ملك العبد لسيده •

ويجوز بيـــع[1] الخضر بعـــد انعقـــادها وان لم يتناه عظمها لقطـــة ولقطـــات معينـــة أى معـــلومة العـــدد ، كما يجوز شراء الثمرة الظـــاهرة ، وما يتجـــدد فى تلك الســـــنة وفى غيرها مع ضبط الســـنين ، لأن الظـــاهر منهـــا بمنـــزلة الضميمـــة الى المعـــدوم ســـــواء كانت المتجددة من جنس الخـــارجة أم من غـــيره •

ويرجع فى اللقطـــة الى العـــرف فمـــا دل على صلاحيته للقطـــع يقطـــع ، وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل •

أما الأول فواضح •

وأما المشكوك فيه فلأصالة بقـــائه على ملك مالكه وعدم دخوله فيمـــا أخرج باللقط •

فلو امتزجت الثانية بالأولى لتأخير المشترى قطعهـــا فى أوانه ، تخير المشترى بين الفسخ والشركة للتعيب بالشركة ، ولتعذر تســــليم المبيـــع منفـــردا •

فان اختـــار الشركة فطـــــريق التخـــلص بالصـــلح •

ولو اختار الامضـــاء فهل للبائع الفســـخ لعيب الشركة ؟ نظـــر أقربه ذلك اذا لم يكن تأخر القطـــع بسببه ، بأن يكون قـــد منـــع المشترى منه وحينئذ أى حين اذ يكون الخيـــار للبـــائع لو كان الاختلاط بتفريط المشـــترى مع تمكين البـــائع كما لو حصل مجمـــوع التلف من قبـــله •

ولو قيل بأن الاختلاط أن كان قبـــل القبض تخير المشترى مطلقا ، لحصول النقض مضمونا

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ ص ٣٠٤ الطبعة السابقة .

على البـــائع كما يضمن الجملة كذلك ، وان كان بعده فلا خيار لأحدهما ، لاستقرار البيع بالقبض وبراءة البـــائع من دركه بعــــده كان قـــويا •

وهـــذا القول لم يذكر فى الدروس غيره جازما به ، وهو حسن أن لم يكن الاختـــلاط قبل القبض بتفريط المشـــترى ، والا فـعـدم الخيار له أحسن ، لأن العيب من جهته ، فلا يكون مضمونا على البائع •

وحيث ثبت الخيار للمشترى بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء ، ولا الجميع على الأقوى، لأصالة بقاء الخيار ، وان انتفت العلة الموجبة له ، كما لو بذل للمغبون التفاوت ولما فى قبول المسموح به من المنة •

وحلية السيف[1] والمركب يعتبر فيها العلم أن أريد بيع الحلية بجنسها ، والمراد بيع الحلية والمحلى لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خص الحلية ويعتبر مـــع بيعهـــا بجنسها زيادة الثمن عليها ، لتكون الزيادة فى مقابلة السيف والمركب ان ضمهما اليها •

فان تعذر العلم كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها •

والأجـــود اعتبار القطع وفـــاقا للدروس وظاهر الأكثر •

فان تعذر بيعت بغير جنسها •

بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا ، ولو باعه بنصف دينار فشق أى نصف كامل مشاع لأن النصف حقيقـــة فى ذلك الا أن يـــراد نصف صحيح عرفا ، بأن يكون هناك نصف مضروب ، بحيث ينصرف الاطلاق اليه أو نطقا بأن يصرح بارادة الصحيح ، وان لم يكن الاطلاق محمولا عليه فينصرف اليه •

وعلى الأول فلو باعه بنصف دينار آخـــر • تخير بين أن يعطيه شقى دينارين ، ويصير شريكا فيهما وبين أن يعطيه دينارا كاملا عنهما

وعلى الثانى لا يجب قبول الكامل ، وكذلك القول فى نصف درهم وأجزائهما غير النصف

وحكم تراب الذهب والفضة عند الصياغة بفتح الصاد وتشديد الياء جمع صائغ ـحكم تراب المعدن ، فى جـــواز بيعه مع اجتماعهما بهما وبغيرهما وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسة ومع الانفراد بغير جنسه •

ويجب على الصائغ الصدقة به مع جهـــل أربابه بكل وجه •

ولو علمهم فى محصورين وجب التخلص منهم ولو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه

وتخير مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمته

والأقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضـــوا بالصـــدقة ، لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد •

خرج منه ما اذا رضوا أو استمر الاشتباه فيبقى الباقى •

---

(١) المرجع السابق للجبعى العاملى ج ١ ص ٣٠٩ ، ص ٣١٠ وهامشه الطبعة السابقة .

ووجه العــدم اذن الشــارع له فى الصدقة فــلا يتعقب الضمان •

ومصرف هــذه الصدقة الفقراء والمســاكين ويلحق بها ما شابههــا من الصنائع الموجبــة لتخلف أثر المال ، كالحدادة ، والطحن والخياطة والخبازة •

ولو كان بعضهم معلوما وجب الخروج من حقه •

وعلى هــذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه ، وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد ، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير، ولزمه حكم ما سبق ــ ظاهره أن مناط الاثم التأخير الى أن يصير مجهــول المــالك ، أو يصير حق المالك مجهــولا ، بأن صــار مخلوطا بحق غيره •

فلو أخره مع حفظ المــالك والحق لا يحصل هنا اشتباه بأحد الوجهين ، لا يكون اثما ولا يخفى أن مناط الاثم انما هــو خلط مــال المــالك بغيره لا التأخير المذكــور ، كتأخير الــوديعة مع عدم طلب صاحبها الى أن يؤدى الى الجهل، فلا اثم حينئذ •

ولعل وجــه الاثم بالتأخير كــون تــراب الصيــاغة أمانة شرعية فيجب ردها فورا والا اثم •

وجاء فى الروضة البهية[1] : ولا تضر عقد التبن والزوان بضــم الزاى وكسرها وبالهمز

وعدمه اليسير فى أحد العوضين دون الآخر ، أو زيادة عنه لأن ذلك لا يقــدح فى اطــلاق المثلية والمساواة قدرا ، ولو خرجــا عن المعتاد ضرا ، ومثلهمــا يسير التراب وغيره ممــا لا ينفك الصنف عنه غــالبا ، كالدردى فى الدبس والزيت •

ويتخلص منه أى من الربا اذا أريد بيــع أحــد المتجانسين بالآخر متفاضــلا بالضميمة الى الناقص منهما أو الضــميمة اليهمــا مع اشتباه الحال فيكون الضميمة فى مقابل الزيادة

وجاء فى مفتاح الكرامة[2] : أنه لو أخذ مائة من رجل ، ومثلها من آخــر ، واشترى بكل مائة عبدا ، واختلطا اصطلحا ، أو أقرع •

أما اذا اصــطلحا وتراضــيا فلا بحث كمــا فى جامع المقاصــد •

وان تشــاحا أقرع ، لأن كل أمر مشــــكل فيــه القرعة •

وفى المبســـوط والمهــذب والتــذكرة والتحــرير أنهمــا يباعان ، ويدفع الى كــل واحد منهمــا نصــف الثمن ، فان كان هنــاك فضــل أخذ كل منهمــا رأس ماله ، واقتسـما الربح على الشرط •

وقال فى المبســـوط أنه المنصـــوص لأصــحابنا •

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ١ ص ٣٢٠ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب مفتــاح الكرامة شرح قواعد العــلامة للسيد محمد بن محمد بن الحسينى العاملى المجاور بالنجف الأشرف الغردى ج ٧ ص ٤٨٥ ، ص ٤٨٦ طبع مطبعة القاهرة المعزية بالمطبعة الرضوية سنة ١٣٢٤ هـ بمصر .

وقال فان كان فيـــه خسران فالضـــمان على العـــامل ، لأنه فرط فى الخـــلط ، ومعناه كمـــا هو صريح التـــذكرة والتحـــرير : أنه لو كان الخسران لانخفـــاض الســـــوق لم يضمن ، لأنه يزيد على الغـــاصب ، ثم أنه قوى فى المبســـوط القرعة .

ورده فى المهـــذب بأنه منصـــــوص فـــلا وجه للقرعة .

ولعلهما أشـــارا الى خـــبر اســـحاق بن عمـــار الآتى :

وفى المختلف أن كـــلا من القـــولين جائز ، لأن النص ورد فى الثـــوبين ولم يذكـــر فيـــه المضاربة ، بل الابضاع .

وفى طريق الرواية قول والقـــول بالقرعة ليس بعيـــدا من الصـــواب .

ومن الصـــــحاح وظاهر كـــلام الـــكتب المـــذكورة عدا المهـــذب والتـــذكرة أنهمـــــا مخـــيران بين بيعهمـــا منفردين ، أو مجتمعين ان أمكن كل منهما ، وان الربح يقســـــم عليهمـــا . وان بيعـــا منفـــردين وكان الربح فى أحدهمـــــا ، وان ذلك على ســــبيل القهـــر ان تعاسر ، الا أن تقـــول أن مرادهم فى الكتب الأربعة أنهما يباعان معا قهرا ، كما فى كل مـــال ممتزج غير متميز ، كمـــا نبـــــه عليـــه فى المهـــذب والتذكـــرة ، حيث استدلا على ذلك فيهمـــا بالخبـــر ، لأنه لو اشـــترى لرجلـــين ثوبين واشتبها أنهمـــا يباعان معـــا منفـــردين ، فان تســـاويا فى الثمن فلـــكل مثـــل صـــاحبه ، وان تفـــاوتا فالأقـــــل لصـــاحبه ، ومعنـــاه أنهمـــا يباعان مجتمعين حيث لا يمـــكن الانفـــراد ، لعـــدم الراغب ، والحال أنهما تعاسرا ، أى لم يخبر أحدهمـــا صاحبـــه ، صـــار كالمـــال المشـــترك شركة اجبـــارية ، كمـــــا لو امتـــزج الطعـــامان فيقسم الثمن على رأس المـــال ، وعليه تنزل الرواية .

وان أمـــكن بيعهمـــا منفـــــردين وجب .

فان تســــــاويا فلـــكل واحـــــد ثمـــن ثـــوب .

وان اختلفـــــا فالأكثر لصاحب الأكثـــر ، والأقل لصـــاحب الأقل ، بنـــاء على الغـــالب من عـــدم الغبن ، وان أمـــكن خـــلافه الا أنه نادر لا أثر له شرعا .

وقد روى اســـحاق بن عمـــار عن الصادق عليـــه الســـلام أنه قال فى الرجـــل يبضـــعه الرجل ثـــلاثين درهمـــا فى ثوب ، وآخـــر عشرين فى ثـــوب فبعث الثـــوبين ، فـــلم يعـــرف هـــذا ثـــوبه ، وهـــذا ثوبه ، قال : يبـــاع الثـــوبان ، ويعطى صـــاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسى الثمن .

فان قلت : فان قال : صـــاحب العشرين لصـــاحب الثـــلاثين اختـــر أيهمـــا شئت ، قال : قد أنصـــفه ، وقد عمـــل به الأصحاب فى باب الصـــلح على أن ذلك قهرى .

وقال جمـــاعة أنه لا يتعـــدى بهـــا الى غـــير مـــوردها من الثيـــــاب المتعـــددة والأثمان والأمتعـــة .

واحتمـــــل آخـــــرون التعــدية لاتحاد الطــريق •

ومما يشبه مسألة الثوبين ما لو أودعه رجل درهمين وآخــر درهمــا وامتزجا لا بتفريط وتلف أحدهمــا •

مذهب الاباضــية :

جاء فى شرح النيل[1] : أنه ان اســتحق مجهول كمشتر أكثر من فــدان واحــد ، فاســتحق منــه ، أى من ذلك الأكثــر ، أو من المشترى فــدان واحــد لا بعينــه ، بحيث لا يعــلم بعــد ذلك بعينــه ، وكــذا ان باع له جنــة فاســتحقت فيهــا نخــلة لا تعــرف ما هى ؟ أهـــذه أم هــذه ، وما أشــبه ذلك فســخ البيــع كله ، ســواء كان الشريك أبا ، أو نحــوه ، أم غــيرهما ، معلوما أو مجهــولا •

وجاء فى شرح النيل : انه لا يجوز لأحــد أن يشــترى حراما •

ومن دخــل ســوقا فيــه حــرام وحلال ، وخاف العقــوبة ان ســأل عن الحــرام ، فلا بأس مالم يعــلم أنه اشــترى حــراما ، أو أخبــره ثقــة •

ومن رأى شــبه ما يعــرفه حــراما ولو بيــد قريب من كان ذلك الحــرام بيــده ، كزوجــة جاز له شراؤه مالم يتيقن •

والمنــدوب أن يتنزه عن مشــكوك فيه ، ويدع ما يريبــه •

ومن بيـــده حـــلال وحـــرام جازت معاملتــه ، والأكــل عنــده حتى يعـــلم بحــرام •

وقيــل يحــكم على الأغلب حتى يعــلم خــلافه •

وقيــل يصدق فيمــا قال انه حلال •

وقد قال الربيــع وجمــاعة أن المــال اما حــلال واما حــرام وهو ظاهــر قــول جــابر •

والجمهــور على اثبــات قســم ثــالث وهو الريبــة ، حمــلا للاحاديث الواردة فى الريبــة والشــبهة على ظاهرها من العمــوم فى المال وغيره وهــو أولى •

ومن بيــده حــرام غصــبه أو سرقه أو دخــل يــده وقد علمــه حراما ولا يعــرف ربه بأن التبس عليــه الحــال ، نــدب له بيعــه ان تاب ، والا فلا يصــدق أنه نــدب له أن يبيعه ويأكل ثمنــه بل يجب عليــه أن يتــوب •

وينــدب له البيــع أيضــا فيمــا لا يعرف فيــه من المواضــع أنه حرام ، ليشــترى منــه ، ولئــلا يساء به الظن ، ولئلا يصيبه ضر عليــه وانفـــاق ثمنــه على الفقــراء قصــدا لصــاحبه •

---

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج ٤ ص ٣١٠ ، ص ٣١١ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ •

ومن راب[١] مبيعا قبل شرائه فاشتراه فحكمه حكم الحرام على المشهور •

وقيل : لا

ومن رابه بعد شرائه هل يمسكه ولا يبال ، لأنه لم يدخل على ارتياب ، ولما ثبت فى يده لم يخرج منه الا بحرمة متيقنة أو يبيعه ويمسك قدر الثمن الذى أعطى ، وينفق الباقى على الفقراء ؟

قال البرادى وهو الأقيس ، لأنه قد علم بالريبة فلا يكون ، كأن لم يعلمها ، ولو لم يعلمها الا بعد الشراء ، وان كان ثمنا أبد له بثمن آخر أو مثمن أيضا وأمسك قدر الثمن الذى أعطى فقط ، وان بقدر ما اشترى أو أقل فلا عليه •

أو يبيعه وينتفع بالثمن كله ؟

قال البرادى رحمه الله وهو المعتمد عليه عند مشايخنا أن ثمن الشيء مثله، ولعله أراد بالانتفاع ما دون الأكل لأن أكل أشياء المريب يفسد القلب كالأعضاء ، أقوال •

وجاء فى شرح النيل[٢] : أنه لا يشك فى الحلال ، الا ان دخلت عليه معان توجب الشك فيه ، كمبادلة من صاحب المالين خلطا أعطاك ماله وأخذ مالك خطأ، أو من جانب فقط ، لكن تناولا ولم يدر أحدهما أن ما أخذ من الآخر هو مال الآخر ، أو غلط بأن أخذ أحدهما مال الآخر بلا مبادلة خطأ ، أو اخراج ملك فنسى ذلك ، وهذا النسيان فى حيز الشك ، كأنه قال مثلا هل خرج من ملكى بوجه كذا أو بوجه ما ، فنسيه •

والمبادلة أن يأخذ مال غيره ويترك ماله بلا باب من أبواب البيع ، كما اذا اجتمع ماله ومال غيره ، فأخذ مال غيره يظنه ماله فهذا غلط •

والفرق بين الغلط والمبادلة •

ان المبادلة أن تأخذ مال غيرك المجتمع مع مال غيرك تظنه مالك •

والغلط أن تأخذ مال غيرك تظنه لك بدون أن يجتمع مع مالك •

وأما البدل بالبيع ففى المعوض لك الزكاة بحسب ما مو من الزمان أو بحسب الزمان من حين المبادلة •

وأيضا قد يبدل الثمار مع شجرهن أو الثمار وحدهن بعد الادراك فتلزمه الزكاة أيضا فيما أخرج من ملكه ، ومراده أنه لا يعصى بالشك ان دخلت عليه تلك المعانى •

وأما الحقوق فلا تسقط عنه بالشك •

وكذلك الحقوق ان أعطى فيها شيئا معلوما،

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لاطفيش ج ٤ ص ٣١٤ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ١٠ ص ٦٤ ، ص ٦٥ وما بعدها الطبعة السابقة .

كدراهم مخصـــوصة ، أو شـــاة كذلك ، أو ثمـــارا كذلك معينـــة مخصوصـــة على حـــد اعطائهـــا فى زكـــاة أو دين ، أو نحـــو ذلك ، فشـــك اله ذلك الشىء الذى أعطى فى الحقوق فيجـــزئه أم لا ، فلا يجـــزئه فى الحقـــوق ، لأنـــه ملـــك لغـــيره •

فان كـــان هـــو القـــاعد فيـــه حـــكما بشرط أن لا يريبـــه عـــذر أجـــزاه اعطـــاؤه ايـــاه فى الحقـــوق ولو كـــان عنـــد اللـــه حـــراما بوجه ما أو ملـــك لغـــيره لمعـــونة أنه بحيث يكون هـــو القـــاعد فيـــــه والا فلا يجـــزئه اذا شـــك اعطـــاؤه فى الحقـــوق الا أن يعيـــد الاعطـــاء فيعطـــى غـــير ذلك الشىء ، لأنه أعطى ما لم يـــكن قـــــاعدا فيـــــه •

واذا أعـــاد فان كان الشىء المعطـــى أولا ملـــكا له فى الوصـــف عنـــد اللـــه أو فـــى نفس الأمـــر ، ولا ســـيما ان لم يـــكن له فى الوصـــف ســـقط عنـــه الفـــرض ، وكـــان اعطـــاؤه ثانيـــا نفـــلا ملتحقـــا بالفـــرض فى الثـــواب •

وهـــكذا عنـــدى كـــل اعـــادة لفـــــرض تصـــحيحا لـــه لشك فيـــه يعظـــم ثـــوابه ان شـــاء اللـــه والا يـــكن له فقـــد أدى الفـــرض بالاعطـــاء الثـــانى •

ومـــن أرســـل(١) مـــع أحـــد فصـــاعدا ديـــونا ، أو حقـــوقا ، أو ديـــونا وحقـــوقا مفترقة الى واحـــد كقرض وثمـــن مبيـــع ، وكأثمـــــان مبيعـــــات ، وكقـــرض وأرش وثمـــن مبيـــع ، أو أرســـــل رجـــــلان لواحـــد ماله عليهمـــا ، أو رجـــال لواحـــد ماله عليهـــم ، أو رجـــل لرجال ، أو رجـــلان أو رجـــال لاثنين ، أو واحـــد لهما فاختلـــط للرســـول قبل الوصـــول ، أو تشـــاكل عليه مـــن يدفـــع له أو من أرســـله ، رد الـــكل علـــى الأول ، وهـــو الـــذى أرســـله •

والمـــراد الجنس فشـــمل ما اذا أرســـله واحـــد ، أو ما فـــوق ذلك اذا لم يتشـــاكل عليـــه من أرســـله ، وتشـــاكل عليه من يدفع لـــه أو اختلـــط فى يـــده ، وكان من واحـــد الى متعدد ، أو كـــان متعـــددا الى واحـــد من واحـــد ، أو من متعـــدد ، أو يمســـكه حتى يتيقن مـــن يدفعـــه لـــه ، فيدفعـــه اذا التبـــس عليـــه من يدفعـــه لـــه ، أو يتيقن من أرســـله بـــه اذا التبـــس عليـــه ، فيدفعـــه بعـــد تيقنـــه الـــى من أرســـل اليـــه ، أو يتيـــقن مـــن أرســـله بعـــد التباســـه والتبـــاس من يدفـــع له فـــيرده الى مرســـله اذا تبـــين ، ولـــم يتبين مـــن يـــدفع اليـــــه •

واذا كـــان لمتعـــدد فخلـــط بـــلا فعـــل

---

(١) من كتـــاب شرح النيل وشـــفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٠١ ، ص ٥٠٢ طبع مطبعة يوسف البـــارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

منه ولا تضييع رده الى المتعدد ، فيتفقون فيه على ما يتفقون •

وان كان بفعله أو تضييعه ضمنه لهم وأخذه لنفسه •

هذا والمراد بالاختلاط الاختلاط المحسوس فى الخارج ، كاختلاط شعير بشعير ، أو بر ببر ، أو شعير ببر ونحو ذلك ، ودراهم بدراهم ، أو دنانير بدنانير ، أو ريالات بريالات ، ونحو ذلك مما لا يتميز •

والاختلاط المعقول مثل أن لا يدرى هذا الحب من هذا ، أو من هذا أو الى هذا ، أو الى هذا أو هذه الريالات من ذلك ، أو من ذلك أو الى ذلك أو الى ذاك ، أو هذه الأدوار من هذا ، أو الريالات من ذلك ، وبالعكس ، ونحو ذلك مع عدم اختلاط الذوات ، بل هى متميزة •

ثم قال ورخص فى دفع متفق اختلط أن أرسل لواحد من واحد أو متعدد ، سواء اختلط الاختلاط المحسوس أو المعقول ، أو اختلط مرسله فلا يدرى من أرسل هذا ، أو هذا ، لأن المقصود ذلك الواحد ، وقد وصله

وجوز الدفع للواحد أيضا وان كان فى مختلف اختلط هو من متعدد أو من واحد أو تشاكل مرسله لأن المقصود ذلك الواحد ، وقد وصله •

وجوز بعضهم الدفع أيضا لمتعدد ان اختلط واتفق ، أو تشاكل ممن هذا أو ممن ذاك ، كما يدل له ما فى الأثر أن بعض المشايخ أعطاه ناس أموالا فخلطها فاشترى بها حبا وأنفقه على الفقراء كما أراد أصحابها

الاشتباه فى الرهن

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أن من شروط صحة القبض فى الرهن أن يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون •

فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لأن قبض المرهون وحده غير ممكن ، والمتصل به غير مرهون ، فأشبه رهن المشاع •

وعلى هذا الأصل يخرج ما اذا رهن الأرض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الأرض ، أو الشجر بدون الثمر ، أو الثمر بدون الشجر أنه لا يجوز ، سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا ، لأن المرهون متصل بما ليس رهنا ، وهذا يمنع صحة القبض •

ولو جذ الثمر وحصد الزرع وسلم

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٤٠ ، ص ١٤١ الطبعة السابقة .

منفصلا جاز ، لأن المانع من النفاذ قد زال .

ولو جمع بينهما فى عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز .

وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الأرض أو الأرض ، ثم الزرع ، ينظر .

ان جمع بينهما فى التسليم جاز الرهن فيهما جميعا .

وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر ، بخلاف الفصل الأول ، لأن المانع فى الفصلين مختلف ، فالمانع من صحة القبض فى هذا الفصل هو الاتصال ، وهو لا يختلف، والمانع من صحة القبض فى الفصل الأول هو الشغل ، وهو يختلف .

وذلك كما اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ، ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقى ، وسلم الكل فانه يجوز .

ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم ، فانه لا يجوز كذا هذا .

وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم ، فانه لا يجوز ، لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون ، وهذا يمنع صحة القبض .

ولو جزه وسلمه جاز ، لأن المانع قد زال .

وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل ، فانه لا يجوز .

ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز ، لما قلنا .

بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريته ، أو ما فى بطن غنمه ، أو ما فى ضرعها ، أو رهن سمنا فى لبن ، أو دهنا فى سمسم ، أو زيتا فى زيتون ، أو دقيقا فى حنطة فانه يبطل ، وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض ، لأن العقد هناك لم ينعقد أصلا ، لعدم المحل ، لكونه مضافا الى معدوم ، أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فاذا وجد فقد زال المانع .

وجاء فى تبيين الحقائق للزيلعى[١] : أنه اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك المرهون ، بأن قال كل من الراهن والمرتهن : لا أدرى كم كان قيمته ، فيكون مضمونا بما فيه من الدين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا عمى الرهن فهو بما فيه .

وجاء فى الفتاوى الهندية[٢] : أنه

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٦ ص ٦٤ الطبعة السابقة .
(٢) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان للاوزجندى ج ٥ ص ٤٣٦ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

لو رهن شاتين بثلاثين احداهما بعشرة والأخرى بعشرين ، ولم يبين أيهما لم يجز الرهن ، لأنه بسبب الجهالة تقع المنازعة بين الراهن والمرتهن ، عند الهلاك فانه اذا هلكت احادهما لا يدرى ماذا سقط من الدين بازائها .

ولو بين وهلكت احداهما سقط الدين بقدرها كذا فى محيط السرخسى .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير[1] : أن الرهن اذا كان مما لا يغاب عليه وادعى المرتهن تلفه وكذبه العدول صريحا ، بأن قالوا : أنه باعها ونحوه ، أو ضمنا ، بأن قال جيرانه أو المصاحبون له فى السفر لا نعلم موتها فانه يضمنها .

أما لو صدقه العدول كما لو قالوا : ان هذا الرجل كانت معه دابة وماتت ، فأشكل عليهم الأمر ، وقالوا : لا ندرى هل هى دابة الرهن أو غيرها فانه لا يضمن .

وأولى اذا قالوا أنها دابة الرهن ، لكن فى الأولى لابد من حلفه أنها هى دون الثانية .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٥ الطبعة السابقة .

وكونهم عدول أنه لو كذبه غيرهم لم يضمن لتطرق التهمة بكتمهم الشهادة له بموتها .

واذا هلك[٢] الرهن أو ضاع عند المرتهن وجهل الراهن والمرتهن صفته وقيمته ، بأن قال كل منهما لا أعلم قيمته الآن ، ولا صفته ، فانه لا شىء لواحد منهما قبل الآخر ، لأن كلا لا يدرى هل يفضل له شىء عند صاحبه أم لا .

وهل لابد من ايمانهما لتجاهل المتبايعين الثمن أو لا .

قال الشيخ سالم السنهورى : لم أر فيه نصا ، والظاهر أنه مثله كما قاله شيخنا .

هذا اذا جهل الراهن والمرتهن .

أما اذا جهله أحدهما وعلمه الآخر حلف العالم على ما ادعى فان نكل فالرهن بما فيه فيكون فى مقابلة الدين الذى رهن فيه .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[٣] : ان فى رهن الثمرة قبل بدو الصلاح قولين .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٦٠ الطبعة السابقة .

(٣) المهذب لأبى اسحاق الفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٣٠٩ الطبعة السابقة .

أحدهمــا لا يصــح ، لأنه عقــد لا يصح فيمــا لا يقــدر على تسليمه ، فلم يجــز فى الثمــرة قبــل بدو الصــلاح من غــير شرط القطــع كالبيــع .

والثــانى أنه يصــح ، لأنه ان كان بدين حــال فمقتضــاه أن تؤخــذ فتباع فيــأمن أن تهــلك بالعــاهة ، وان كــان بمؤجــل فتلــفت الثمــرة لم يســقط دينــه وانمــا تبطل وثيقتــه والغــرر فى بطــلان الوثيقــة مع بقــاء الدين قليــل ، فجــاز البيــع ، فان العــادة فيــه أن يترك الى أوان الجذاذ، فلا يأمن أن يهلــك بعــاهة فيذهب الثــمن ، ولا يحصــل المبيــع فيعظــم الضرر فلــم يجــز من غــير شرط القطــع .

وان كــان له أصــول تحمــل فى الســنة مــرة بعــد أخــرى كالتين والقثــاء فرهــن الحمــل الظــاهر ، فان كان بدين يســتحق فيــه بيــع الرهــــن قبــل أن يحــدث الحمــل الثــانى ، ويختــلط به ، جــاز لأنه يأمن الغــرر بالاختــلاط .

وان كــان بدين لا يســتحق البيــع فيــه الا بعــد حــدوث الحمــل الثانى واختلاطه بــه ، نظــــرت .

فــان شرط أنــه اذا خيــف الاختــلاط قطعــه جــاز ، لأنـــه منــع الغــرر بشرط القطــــــع .

وان لم يشــترط القطــع ففيــه قولان .

أحـــدهما أن العقــد باطــل ، لأنـــه يختلــط بالمرهــــون غــيره فلا يمكن امضاء العقــد على مقتضـــــاه .

والثــانى انه صــحيح لأنـــه يمكن الفصل عنــد الاختــلاط بأن يســمح الراهن بترك ثمــرته للمرتهــن ، أو ينــظر كــم كــان المرهــون فيحلف عليــه ويأخــذ ما زاد ، فاذا أمــكن امضــاء العقــد لم يحــــكم ببطـــــلانه .

مــذهب الحنـــابلة :

جــــاء فى المغنى[1] : أنـــه لــو رهن ثمــرة شــجر يحمــل فى الســنة حملــين لا يتميز أحــدهما من الآخــر فرهن الثمرة الأولى الى محـــل تحــدث الثانيــة على وجــه لا يتميــز ، فالرهن باطــل ، لأنــه مجهــول حــين حلول الحــق ، فلا يمــكن اســتيفاء الدين منــه فلم يصــح ، كمــا لو كــان مجهـــولا حــين العقــد ، وكمــا لو رهنـــه ايــاها بعــد اشتباهها .

فــان شرط قطـــع الأولى اذا خيـــف اختلاطهــا بالثانيــــة صــح ، فــان كــان الحمــل المرهــون بحــق حـــال ، وكانت الثمـــرة الثانيــة تتميــز من الأولى اذا حــدثت ، فالرهــن صحيحــ ، فان وقــع التــوانى فى قطــع الأولى حتى اختلــطت

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ومعه الشرح الكبــير على متن المقنع للامــام شمس الدين أبى الفرج بن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة الأولى طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

بالثانية وتعذر التمييز ، لم يبطل الرهن ، لأنه وقع صحيحا ، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله ٠

فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنا أو اتفقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه فى قدر الرهن لأنه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر ٠

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[1] ان رهن المرء حصته من مشاع مما ينقسم أولا ينقسم عند الشريك فيه وعند غيره جائز لأن الله تعالى قال : (فرهان مقبوضة) ولم يخص تعالى مشاعا من مقسوم (وما كان ربك نسيا)[2] ٠

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار[3] : أنه اذا تلف الرهن أو تعيب فى يد المرتهن لم يلزم ابداله الا حيث يكون مشروطا فى الدين ٠

والقول للمرتهن فى تقديم العيب اذ يريد الراهن تضمينه والأصل البراءة ٠

كذا لو اختلفا فى قدر الأرش مع بقاء الرهن ٠

وأما مع تلفه فالقول للراهن ويحمل على أنه التبس بقاء الدين وقيمة المرهون بعد التلف ليوافق الأصول والا فالقول للمرتهن ٠

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام[4] : أنه اذا رهن النخل لم يدخل الثمرة وان لم تؤبر ، وكذا ان رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل ولو قال بحقوقها أدخل فهو فيه تردد ما لم يصرح ، وكذا ما ينبت فى الأرض بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه وتعالى أو الراهن أو الأجنبى اذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون٠

وهل يجبر الراهن على ازالته ٠

قيل : لا ٠

وقيل : نعم ، وهو الأشبه ٠

ولو رهن لقطة مما يلقط كالخيار ، فان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية صح ٠

وان كان متأخرا تأخرا يلزم منه

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٨٨ مسألة رقم ١٢١٠ الطبعة السابقة .
(٢) الآية رقم ٦٤ سورة مريم .
(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ١٢٥

(٤) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص١٩٧ طبع مطابع دار مكتبة الحياة ببيروت سنة ١٢٩٥ هـ .

اختــلاط الرهــن بحيث لا يتميـــز قيــل يبـــــطل •

والوجــه أنـــه لا يبطـــل •

وكـــذا البحث فى رهــن الخــرطة ممــا يخـــرط والجــزة مما يجــز •

وجــاء فى مفتـــاح الــكرامة[1] : أنه لو رهــن ممــا يمتـــزج بغيره كلقطــــة مــن الباذنجــان صــح ، ان كــان الحــق يحــل قبل تجــدد الثانيــة أو بعــدها ، وان لــم يتميــز علــى رأى لا أشــــكال ، ولا بحث فى الجــواز حيث لا يحصــل الاشتباه ، كمــا فى جامــع المقاصــد والمســالك لوجود المقتضى ، وعــدم المـــانع •

أمــا مــع الاشـــتباه وعــدم التمييــز ففى المبســوط والتــذكرة فى موضــع منهــا أنــه لا يصــح الرهــن ، لتعذر الاســتيفاء بســبب عــدم التمييــز ، ولأنــه لا يصح بيعــه عنــد الأجــل لجهلـه فــلا يصــح رهنــــه ويــرد علــى الأول أنــه يمكــن الاســتيفاء بالصــلح ، علــى أن حصــوله غـــير مقطــوع به ، لامــكان التخلــف ، وان الراهــن قــد يســمح برهــن الجميع ، أو يتفقــان علــى قــدر الرهــن •

فان لم يحصــل ذلك كلــه ، كان القــول قــول الراهــن مــع اليمــين •

ويـــرد على الثـــانى أن المعتبــر اجتماع الشرائـــط وقــت الرهــن وهــى حاصــلة وصــحة البيــع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر ، منهــا ما كــان عنــد انشــاء الراهن ، لأنه وقت اعتبــار الشرائط وهــى حاصــلة أيضا وأطبــق المتــأخرون ممن تعــرض للفــرع علــى الصــحة وممــا صرح بهــا الشرائع والتحــرير والارشـــاد والايضـــاح والدروس وغايــة المــرام وجامــع المقاصد والمســالك ومجمـــع البرهــان فيــكونان شريــــكين •

أمــا الصــحة فلمــا عرفت من كــونه عينــا مملوكة صــالحة للبيــع وأخــذ الدين منهــا من غــير مــانع كســائر الأمــوال ، ووجــه الشركــة وجــود موجبهــا وهــو المــزج مــع عــدم التمييــز فحــكمه حكم ســائر المشـــتركات ، وكذلك هــذا اذا وقع المزج وعــدم التمييــز بعــد القبــض •

وأما لو وقــع قبــل القبــض فالأقــرب الفســخ والبطـــلان كما نبــه عليــه فى الـــدروس •

وقال فى المبســـوط اذا اشــترطا قطعــه اذا حــدث البطــن الثــانى صــح الرهن •

مــذهب الاباضــية :

جــاء فى شرح النيـــل[2] : أنــه يجوز

(١) من كتــاب مفتــاح الكرامة شرح قواعد العلامة للحسينى العاملى ج ٥ ص ١٩٠ ، ص ١٩١ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٤٥ الطبعة السابقة .

الرهـن فى الدين الواجـب كلـه ما أحـل ومـا لم يحـل ، اذا كـان معـلوما .

وأمـا الدين المجهـول فلا يجـوز فيـه الرهـن .

ومنهـم من يقـول جـائز فيمـا كـان مجهـولا ، وسـواء كان الـدين من قبـل التعـدى أو مـن قبـل المعـاملة ، وسـواء الدين من الصـامت أو غـيره من جميـع الأمـوال .

واذا كان [١] لرجـل على رجـل ديـون شـتى فـرهن له رهنـا فى أحـدهما ولـم يعينـه أو قـال لـه رهنتـه فيـما شـئت منهـا فلا يجـوز وان قصـد الى أحـدها فرهنـه لـه فيـه أو رهنـه فيهـا جميعا جـاز ويكون علـى عـددها تفاضـلت أو تسـاوت اتفقـت أجناسـها أو اختلفت .

ولا يصـح رهن[٢] ما بذمة كشـياه السـلم وشـياه الديـة قبـل القبـض ، لأنـه ولـو تعـين الـذى كـان الشىء فى ذمتـه تعينت كميتـه ، لـكن لـم تتعـين ذاتـه ، لأن من عليـه مائـة دينـار أيمـا مائة دينـار أعطاها كانت خلاصـا له .

والحـق الذى يعقـد[٣] الرهن بسـببه هـو المـال المضـمون معينـا أو لازمـا فى ذمـة كأثمـان المبيعـات وكالزكـاة ، فانه يجـوز للامـام أو نائبـه ونحوهمـا قبـل الرهن فيهـا لا فى الخـراج كمـا فى المنهـاج وعنـاء الاجارات وأرش الجنايات والصـدقات وضـمان الأمـوال والتبعـات بتعيـين لـكمية الصـداق والأرش وغـيرهما ، فلو لم يتعـين لم يحـكم بالرهن فيـه ، مثـل أن يرهـن لـه فى الأرش قبل أن يفـرض له الحـاكم ما هـو وكم هـو ومثـل أن يكون ثمـن المبيـع أو واحـد ممـا ذكـر بعـده كلـه معـلوما ، ثـم نسى ، أو تولى عقـد ذلك غـير مالـكه ، فلم يعـلم مالـكه كم هو أو ما هـو ، فلا يصح فى الحـكم أن يرهـن فيـه ، وأما فيمـا بينهمـا وبـين الله تعـالى اذا تراضـيا على الرهـن فيـه علـى أن يبيـع الرهن اذا عـلم ذلك أو يبيعـه ويحفـظ ثمنـه حتى يعـلم ، فيجـوز ذلك .

وان ارتهـن شـيئا[٤] فى حـق غـير معـلوم لا فى معلوم ممـا يرد لقيمـة علـى أن يبيعـه ويقبـض ثمنـه قبـل أن يعـرف ماله علـى الراهـن بقيمـة عدول ، لأنه لا يكتفى بعـدلين فى التقويم ، وأجيز الاكتفاء بهما وأجيز بواحد قضى منه حقه أو على أن يقبضه رهنا ، فاذا عرف ماله على الراهـن بتقـويم العـدول علـى حـد ما مر باعـه وقضى مـن ثمنـه جـاز علـى امضـاء بعـد الجـواز لمـا فعـلاه قبـل

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٥ ص ٤٥٣ الطبعة السابقة .
(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٥ ص ٤٤٦ الطبة السابقة .
(٣) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .
(٤) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٦٧ الطبعة السابقة .

الجـــواز ، وذلك اذا رضـــيا به ، وان تحاكما لم يحـــكم الحـــاكم بـــــه .

وان رهن[1] أكثر من فـــدان واحـــد أى ما زاد علـــى الواحـــد ، وكـــذا الأشـــياء غـــير الفـــدان كالجمـــال والنخـــل والدور فاســـتحق واحـــد لا بعينـــه سواء استحقه المرتهـــن أو غـــــيره انفســـــخ الرهــــن للالتبـــاس ، بأن يلتبس فـــدان من آخـــر ، ولو كـــان لا يتبـــين بعـــد لمـــوت الشـــهود مثـــــلا أو يـــــكون الفـــــدان بالأذرع لا بالتشخيص .

وان قال[2] الراهن عنــــد موتــه هـــذا العـــرض عنـــدى رهـــن فى كـــــذا ولـــم يســـم ربـــه فـــلا يبيعـــه وارثـــــه ، ولا يســـتوفى منـــه حقـــه ، بل يحفظـــه الورثة ويبحثـــون عن صـــاحبه ويوصـــون وصـــيا بعـــد وصى .

وقيـــل : اذا أيســـوا باعـــوه وتصـــدقوا بثمنـــه علـــى الفقـــراء ، واذا تبـــين خيروه بـــين الأجـــر والضـــمان له ، الا أن قـــال هـــذا رهـــن عنـــدى فى كـــذا ولم يســـم ربـــه ، ووجـــدوا بيـــانا على أنه رهـــن عنـــده فى ذلك وأنـــه لفـــلان فانهم يبيعونه ومـــا بقى حفظـــوه لصـــاحبه ، واذا أبـــوا أوصـــوا اليـــه بـــه أو تصـــدقوا به عـــلى حـــد ما ذكـــرت ، وان وجـــدوا بيـــانا أنه رهن عنـــده فى كـــذا ، ولم يتبين صاحبـــه ، فلا يبيعـــوه ، ويســـتوفوا بل يحفظـــــونه ويوصـــون به ، أو يبيعـــونه ويتصـــدقون بـــــه .

وقيـــل : يبيعـــونه ويســـــتوفون ، وان بقـــى شىء حفظـــوه وأوصـــــوا بـــه أو تصـــــدقوا بـــــه .

وان جهـــل المرتهـــن صـــــاحب الرهــــن فــــلا يبيعــــــه .

وقيـــل يبيعـــــه وذلـــك مذكـــور عـــن الديـــــوان .

وفى الديـــوان أيضـــا أن نسى صـــــاحب الرهـــن فانـــه يبيـــع الرهـــن ويقضى مـــن ثمنـــــه رأس مـــاله ، فـــان فضـــــل شىء فليمســـكه حتى يجىء صـــاحبه ، فاذ أيس منـــــه فينفقـــه .

وكذلك ان مـــات الراهـــن أو فقـــــد أو زال عقلـــه أو غـــاب فانـــه يبيـــع فى هـــذه الوجـــوه كلهـــا .

وان تشـــاكل عليـــه الرهـــن مـــع غيره فلا يبعــــه أيضـــــا .

وان رهـــن شـــيئين من رجـــل واحـــــد فى ديـــون شـــتى فتشـــاكل عليـــه ما رهـــن له فى كـــل ديـــن فلا يبعـــه حتـــى يتبـــين لـــــه .

وان كـــان الرهـــن فى الدنانـــــير أو فى الدراهـــم أو فى كـــل ما يـــوزن أو يـــكال ،

---

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٥ ص ٥١١ ، ص ٥١٢ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣

فتشـــاكل عليه جمـلة ما رهـــن فيـــه ، أو تشـــاكل عليـــه جنـــس الذى رهـــن فيـــه ، فانـــه يبيعـــه ويمســـك الثمن حتـــى يتبين لـــــــــه .

وان اتفـــق المرتهـــن[١] والراهـــن علـــى الديـــن ، فقـــال أحـــدهما : لم نعين أحـــدا من هـــذين الشـــيئين فى الرهـــن ، وقـــال لـــه صـــاحبه : قـــد بينـــاه وهـــو هذا ــ أو تشـــاكل على فمـــن ادعى أنه قـــد تبين فهـــو المدعى ، وان قـــال أحدهمـــا انمـــا وقـــع الرهـــن فى التســـمية من هـــذا الشىء ، وقـــال الآخـــر فى الشىء كلـــه ، فان كـــان الشىء ممـــا لا يجـــوز رهـــن التســـمية ، فالقـــول قـــول م نادعـــى رهن الـــكل ، وان كـــان ممـــا يجـــوز فيـــه فالمدعى من قـــال انـــه رهـــن كلـــه .

وان كان الشىء المرتهـــن فى يـــد رجلـــين فادعـــى كـــل واحـــد منهمـــا أنـــه رهـــن عنـــده من ذلك الرجـــل دون صـــاحبه ، فلا يـــكون أحدهمـــا أقعـــد فيـــه للآخـــر ، فان نســـباه الى رجـــل فادعـــى كـــل أنـــه رهـــن عنـــده من ذلـــك الرجـــل ، فـــان القـــول قـــول ذلك الرجـــل من أثبتـــه لـــه فلـــه ، الا أن يبـــين الآخـــر ، وان جحدهما فعليهمـــا البينـــة ، فان أتيـــا بهـــا فهـــو رهـــن لهمـــا ، وان أتى بهـــا واحد فهـــو أولى به ، وان صـــدقهما فهـــو لهمـــا .

وان قـــال : رهنتـــه لواحـــد منهمـــا ولم أدره ، أو تشـــاكل علـــى ، فليس فى ذلك شىء .

وان نســـبه كـــل منهمـــا الـــى رجـــل فالرجـــلان أقعـــد فيـــه ، وترجـــع الخصـــومة بـــين المرتهـــن والرجلين للذيـــن نســـباه اليهمـــا .

وان قـــال رهنتـــه لواحـــد منهمـــا ، ولم أدر مـــن هـــو أو رهنتـــه لهمـــا جميعـــا ، فأراد أخـــذه بعـــد ذلك لم يجـــده .

وكـــذا ان قـــال : لم أدر أرهنتـــه أم لا ، وان قـــال لم أرهـــن لهمـــا شـــيئا لم يجد أخـــذه أيضـــا حتى تنقضى دعوتهمـــا .

وكـــذا ان قـــال رهنتـــه لرجل ولا أدرى ذلـــك الرجـــل منكمـــا أو مـــن غـــيركما أو رهنتـــه لرجلين لا أدرى أنكمـــا همـــا أو غيركمـــا .

وان قـــال : رهنتـــه لرجل آخر غيركمـــا ولا شـــهادة لهمـــا حلفـــاه وأخـــذ شـــيئه .

وتجـــوز[٢] الشـــهادة فى الرهـــن وغيره علـــى الأصـــول كلهـــا وكـــل ما اتصـــل بهـــا ســـواء كـــان نباتا أو غـــيره ، واذا قلـــع وكـــان ممـــا يشـــتبه كالبصـــل ، والـــكرات ، والرمـــان ، واللوز ، والتـــين ، والعنـــب ، والفـــول ، ومـــا أشـــبه ذلـــك

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٥ ص ٦١٩ و ص ٦٢٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لأطفيش ج ٥ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ الطبعة السابقة .

من القطانى وغيرها ، والتبن ، والنخالة ، والدقيق ، والعجين ، والخبز المتردد والليف والخوص والشجر ، وفى نوى التمر وورق الشجر والريحان والحناء اذا تواروا عن ذلك ، فلا تجوز عليه .

قال : ومالا يشتبه تجوز عليه ، كالكرنب ، والباذنجان ، والفجل ، والقصب ، والجريد ، والغصون اذا كان معينا مقصودا اليه .

واذا قرن بالتعيين ما يشتبه عليه جازت عليه الشهادة مثل أن يقال رأيناه قلع هذا البصل من الأرض الفلانية أو أخذه من يد فلان ولم يغب عنا الى هذه الساعة ، وان توارى الشهود عنه لم يجز عليه ، وان شهدوا أخبرهم الحاكم أنهم لا يشهدون على ما توارى عنهم ، وان شهدوا فليجوزهم الحاكم .

وقيل : لا تقبل شهادتهم اذا علم أنهم تواروا وتجوز على عود الزان والخشب والمنوال وأبواب البيوت اذا عرفوا ذلك ولو تواروا عنه .

ولا تجوز الشهادة على مالا يعرف بعينه اذا غاب .

وتجوز الشهادة على الحيوان اذا حضر وان غاب فلا الا أن تبين بالوصف وأحاطوا بعلمه وتجوز على ما ذبح منها مالم يفارق الرأس الجسد ، واذا فارقه جازت على الرأس لا الجسد .

الاشتباه في الوديعة

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أنه اذا خلط المودع الوديعة بماله خلطا لا يتميز ، فانه يضمن الوديعة ، لأنه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة ، فكان الخلط منه اتلافا ، فيضمن ويصير ملكا بالضمان ، وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة بالغرماء فيه .

ولو اختلطت الوديعة بماله من غير صنعة لا يضمن وهو شريك لصاحبها .

أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته .

وأما كونه شريكا لصاحبها ، فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين .

ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز ، فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ، ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفا ، ويكون المخلوط له ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

---

(١) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ٢١٣ الطبعة السابقة .

وقـــال أبـــو يوسف ومحمـــد رحمهمـــا الله تعـــالى : همـــا بالخيـــار ، ان شاءا اقتسما المخلوط نصـــفين ، وان شـــاءا ضمنا المودع ألفين .

وعـــلى هـــذا ســـائر المكيـــلات والموزونـــات اذا خلطـــا الجنـــس بالجنس خلطـــا لا يتميـــز ، كالحنطـــة بالحنطـــة ، والشـــعير بالشـــعير ، والدهـــن بالدهـــن .

ووجـــه قولهمـــا أن الوديعـــة قائمـــة بعينهـــا ، لـــكن عجـــز المالك عن الوصـــول اليهـــا بعـــارض الخـــلط فان شـــاءا اقتســـما لاعتبـــار جهـــة القيـــام ، وان شاءا ضمنا لاعتبار جهة العجز .

ووجـــه قـــول أبى حنيفـــة رحمه اللـــه تعـــالى أنه لمـــا خلطهمـــا خلطـــا لا يتميز ، فقـــد عجـــز كـــل واحـــد منهمـــا عـــن الانتفـــاع بالمخلوط فـــكان الخلـــط منـــه اتلاف الوديعـــة على كل واحـــد منهمـــا ، فيضـــمن ، ولهـــذا يثبت اختيـــار التضـــمين عندهمـــا ، واختيـــار التضـــمين لا يثبـــت الا بوجـــود الاتـــلاف دل أن الخلـــط منـــه وقـــع اتـــلافا .

ولـــو أودعـــه رجـــل حنطـــة وآخـــر شـــعيرا فخلـــطهما ، فهـــو ضـــامن لـــكل واحـــد منهمـــا مثـــل حقـــه عنـــد أبى حنيفـــة رحمـــه الله تعـــالى ، لأن الخلـــط اتـــلاف .

وعندهمـــا لهمـــا أن يأخـــذا العـــين ويبيعاهـــا ، ويقتســـما الثمـــن علـــى قيمة الحنطـــة مخلوطـــا بالشـــعير ، وعلـــى قيمة الشـــعير غـــير مخلوط بالحنطـــة ، لأن قيمة الحنطـــة تنقـــص بخلـــط الشـــعير وهـــو يســـتحق الثـــمن ، لقيـــام الحـــق فى العين وهـــو مســـتحق العين ، بخـــلاف قيمـــة الشـــعير ، لأن قيمة الشـــعير تزداد بالخلط وتلـــك الزيـــادة ملك الغـــير فلا يســـتحقها صـــاحب الشـــعير .

مـــذهب المـــالكية :

جـــاء فى الشرح الكبـــير وحاشـــية[1] الدســـوقى عليه : أن المـــودع يضـــمن اذا خلـــط الوديعـــة بغيرها وترتبـــت فى ذمتـــه بمجـــرد خلطهـــا بغيرها ، وان لم يحصـــل فيهـــا تلـــف اذا تعـــذر التمييـــز أو تعسر ، بأن التبـــس عليه الحـــال كمـــا لو كانـــت الوديعـــة ســـمنا ، وخلطهـــا بدهن أو زيت أو عســـل ، حيث يتعـــذر التمييـــز بـــين المخـــلوطين ، وكمـــا لو كانت فولا فخلطهـــا بشـــعير حيث يتعسر التمييـــز .

أما اذا كانت الوديعـــة قمحـــا ثم خلطـــه بمثله جنســـا وصـــفة فلا يضـــمن .

وكـــذا اذا كانت دراهم فخلطهـــا بدنانير لتيسر التمييز ، هـــذا اذا كان الخـــلط لأجل الحفظ والرفـــق ، والا ضـــمن ، لأنه يمـــكن

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه وبهامشه الشرح الكبير وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤٢٠ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

اذا أبقى كـلا على حـدته أن يضـيع أحدهما دون الآخـر .

ثم ان تلف بعضـه بعـد الخلط للاحـراز فبينهمـا على حسب الأنصبـاء .

فاذا تلف واحـد من ثـلاثة لأحدهمـا واحد ولصاحبـه اثنـان ، فعـلى صـاحب الواحـد ثلثـه ، وعلى صـاحب الاثنين ثلثـاه ، الا أن يتميـز التـالف ، كمـا فى الدنانـير والدراهـم ، فالتـالف من ربـه خاصـة ، وذلك بأن يعـرف أنه لشـخص معـين منهمـا فمصـيبته من ربه خاصـة .

قال شـيخنا العـدوى يؤخـذ من هـذا أن المركب اذا وسـقت بطعـام لجمـاعة غير شركاء وأخذ ظالم منه شيئا .

فان كان الطعـام مخلوطا بعضـه على بعض ، ولم يتميـز أحدهمـا من الآخـر ، فما أخـذ مصـيبته من الجميـع ، يقسـم بينهم على حسب أموالهـم .

وأما اذا كان غـير مختـلط بعضـه ببعض ، بـل كان طعـام كل واحـد متميزا على حـدة فمـا أخـذ مصـيبته من ربـه وأما ما جعـل ظلمـا على المـركب بتمامهـا فيـوزع على جميـع ما فيهـا سـواء كان هنـاك اختـلاط أم لا كالمجعـول على القـافلة .

وجـاء فى[1] التاج والاكليل للحطاب :

أن اللخـمى قال : ان كان عنـد رجـل وديعتـان قمح وشـعير ، فخلطهمـا ضمن لـكل واحـد منهمـا مثـل ما خلط له فان اختـارا رفـع العـداء عنـه ، وان يأخـذاه مخلوطـا ، ويـكونان شريكين فيه جـاز ذلك عند ابن القاسـم وأشـهب خـلافا لسـحنون .

وقال ابن القاسم : وتكون شركتهمـا على قيمـة القمح معيبـا والشـعير غـير معيب ، ولا يجـوز أن يقتسـماه على ذلك ، وانمـا يقتسـمان الثمن .

والذى لابن رشـد سـواء خلطهمـا عداء أو غـير عـداء ، قال : والذى يوجبـه الحـكم أن يقتسـماه بينهمـا مخـلوطا على قيمـة القمـح والشـعير يـوم الخـلط ، ويقـوم القمـح غير معيب .

خـلاف قـول سـحنون : أن القمـح يقـوم معيبـا والشـعير غـير معيب ، وقوله يبـاع ويقتسـمان الثمن اسـتحسان ، اذ لا مانـع يمنـع من اقتسـام الطعـام بعينـه على القيـم ، ولو لم يجـز اقتسامه بعينـه على القيـم ، لمـا جاز اقتسـام ثمنه على ذلك ، لأنه انما يباع على ملكهمـا فانمـا هـو يأخـذ ثمن ما كان أخـذه له ، ولا يجـوز لهمـا أن يقتسـماه على الكيـل واختـلاط الزرع ، قال ابن حبيب : انهـم يقتسـمونه على حسب الزريعـة .

وذكـر من رسـم حلف من سـماع عيسى ان كل واحـد يحـلف ما بـذر ويقتسـمون الطعـام على عـدد ذلك .

(1) كتـاب مواهب الجليـل لشرح مختصر أبو الضياء خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل بن عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق ج ٥ ص ٢٥٣ طبع مطبعـة السعادة بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى .

قال ابن رشد وهذا كما قال ومعنى هذا عندى بعد أن يتراجعوا بما لبعضهم على بعض من فضل فى العمل .

وقال ابن أبى زيد فى قسمة الشعير والزيتون عند الخلط أن يتقارر أرباب ذلك بينهم على شىء معلوم فهو كذلك .

وان تجاهلوا والتبس عليهم الحال فليس لهم الا الاصطلاح .

وكذلك ما اختلط على يد اللصوص من الزرع والأطعمة .

وكذا ما وقع فى الرواية فى السفن اذا اختلط فيها الطعام .

وفى طرر ابن عات اذا اختلط الكتان فى الوادى لسيل أو غيره ولم يعرف كل واحد ما له تحلل أصحابه فى ذلك .

وكذا الطعام المستهلك ان أخذ مالا يشك أنه أقل من طعامه جاز مع ما تقدم لابن حبيب من قسمة الزرع المخلوط على حسب الزريعة ، مع ما تقدم لابن رشد من تخفيف اقتسام الطعام المخلوط بالقيمة ، ولو خلط عداء ، وهل يكون ذلك كله مسوغا للذين يخلطون ألبانهم أن يأخذ الانسان من الجبن القدر الذى لا يشك فى أن يخرج له من لبن غنمه لو أفردها ، وقد بسطت فى سنن المهتدين أن اقدام المرء على شىء بتأويل ليس كمن أقدم عليه مجاهرا ومن أكل حراما يعتقد أنه حلال أثيب على قصده ولا يعاقب على فعله ولا يظلم به قلبه ومن أقدم على حلال صرف يعتقد شبهته قسا قلبه به وأظلم .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[1] : ان الشخص ان أودع دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان .

أحدهما لا يضمن لأن الجميع له .

والثانى أنه يضمن وهو الأظهر ، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر .

وان أودعه دراهم فى كيس مشدود فحله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هتك الحرز من غير عذر .

وان أودعه دراهم فى غير وعاء فأخذ منهما درهما ضمن الدرهم ، لأنه تعدى فيه ، ولا يضمن الباقى لأنه لم يتعد فيه .

فان رد الدرهم ، فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز

---

(١) المهذب للامام ابى اسحاق ابراهيم ابن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ج ١ ص ٣٦١ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٢٧٩ هـ .

بعـــلامة فقـــد قال الربيـــع يضـــمن الجميع ، لأنه خـــلط المضــــمون بغـــيره فضــــمن الجميـــــع ٠

والمنصـــوص أنـــه لا يضـــمن الجميـــع ، لأن المـــالك رضى أن يختلط هـــذا الدرهـــم بالدراهـــم فلم يضـــمن ، فان أنفـــق الدرهم ورد بدله ، فان كان متميـــزا عن الدراهـــم لم يضـــمن الدراهـــم ، ولأنهـــا باقيـــة كما كانت ، وان كان غـــير متميز ضـــمن الجميـــع لأنـــه خـــلط الوديعـــة بمـــالا يتميـــز عنها فضـــمن الجميع ٠

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى كشـــاف القنـــاع[١] : ان المســـتودع ان خـــلط الوديعـــة بمـــالا تتميـــز منـــه كزيت بزيت ، أو شـــيرج ودراهـــم بدراهـــم ولو كان التعـــدى بشىء ممـــا ســـبق فى احـــدى عينـــين مودعتين ، وكان فعـــل ما تقـــدم بغـــير اذن المـــالك بطـــلت الوديعـــة ، وضـــمن المســـتودع ، لأنـــه صـــيرها فى حـــكم التـــالف ، وفوت على نفســـه ردها أشـــبه ما لو ألقـــاها فى بحـــر ، وســـواء خلطهـــا بمـــاله أو مـــال غيره ، وســـواء خلطهـــا بمثلهـــا أو دونهـــا أو أجـــود ٠

وفى الـــرعاية اذا خـــلط احـــدى وديعتى زيـــد بالأخـــرى بـــلا اذن وتعـــذر التمييـــز فوجهـــان ٠

ولا تعـــود وديعـــة بعـــد التعـــدى فيها بشىء ممـــا ســـبق الا بعقـــد وديعـــة جديد لبطـــلان الاستئمان بالعدوان ٠

وحيث بطـــلت الوديعـــة وجب الرد فورا ، لأن يـــده صـــارت عادية كالغاصب ٠

وان خلط الوديعـــــة غـــير المســـتودع بمـــالا تتميـــز منـــه فالضـــمان على الخالط دون المســـتودع ، لوجـــود العـــدوان من الخـــالط ٠

ومتى جـــدد المســـتودع استئمانا برىء ، فان تلفت بعـــد لم يضـــمن ، لأنه لم يتعـــد فى الاســـتئمان الذى تلفت فيـــه ، والأول قد زال أو ابراه المـــالك من الضـــمان بتعـــديه برىء المســـتودع فـــلا يضـــمنها أن تلفت بعـــد ، لأنه ممســـكها باذن ربهـــا وزال حكم التعـــدى بالبراءة ولا يضـــمن المســـتودع بمجـــرد نيـــة التعـــدى فى الوديعة اذا تلفت الوديعـــة بلا تعـــد ولا تفريط بخـــلاف الملتقط نوى التمـــلك ، والفـــرق أن الايـــداع عقد والنيـــة ضـــعيفة فيـــه فلا يزيـــله بخـــلاف الالتقـــاط ٠

أما ان اختلط مودع غـــير متميـــز كبـــر ببـــر أو دقيـــق بدقيـــق بغـــير تفـــريط منه فلا ضـــمان ، فان ضـــاع البعض جعـــل من مـــال المـــودع فى ظـــاهر كـــلام أحمد ، ذكر المجـــد فى شرحه ٠

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٠١ ، ص ٤٠٢ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٨١ الطبعة السابقة .

وان أخـذ المسـتودع درهمـا ثـم رد بدله غـير متميز ، وضـاعت الوديعـة ، فيضـمن الجميـع لخلطـه الوديعـة بمالا يتميـز منـه ، كمـا لم يدر أيهمـا ضاع بأن ضـاع درهـم مثـلا ، ولم يـدر أهـو المردود أو غـيره من الوديعـة فيضـمنه ، لأن الأصل عدم براءته(١) .

وان سـلم المسـتودع الوديعـة الى من يظنـه صـاحبها فتبين خطـؤه ضـمنها ، لأنـه فوتهـا على ربهـا .

وان ادعى الوديعـة اثنـان وقال المودع هى لأحدهمـا ، ولا أعـرف عينـه ، فان صـدقاه أو سـكتا عن تصـديقه وتكذيبه ، فـلا يمين عليـه اذ لا اختـلاف ، ويقـرع بينهمـا ، فمن خرجت له القرعة سـلمت اليـه بيمينه ، وان كذباه بأن قالا : بل تعرف أينـا صـاحبها حلف لهمـا يمينـا واحدة انه لا يعلم عينـه ، وكذا ان كذبه أحدهما وحـده ، ويقرع بينهمـا ، فمن خرجت لـه القرعـة حلف أنهـا له ، لاحتمـال عدمه ، وأخذها بمقتضى القرعة .

فان نـكل المـودع عن اليمـين أنه لا يعلم صـاحبها حـكم عليه بالنـكول ، وألـزم تعيـين صـاحبها ، فان أبى التعيين أجبـر على القيمـة ان كانت متقـومة وعلى المثـل ان كانت مثليـة فتؤخـذ القيمـة أو المثـل والعـين فيقتـرعان عليهمـا أو يتفقـان عليهمـا .

قـال فى التلخيص وكذلك اذا قال أعـلم المسـتحق ولا أحلف ، ثم ان قامت بينـة بالعـين لآخـذ القيمـة سـلمت اليـه العـين للبينـة وتقدمهـا على القرعة ، وردت القيمـة الى المـودع ، ولا شىء للقـارع على المـودع ، لأنه لم يفـوت عليـه شـيئا بل المفـوت البينـة .

مذهب الظاهرية :

اذا(٢) ادعى المـودع شـيئا ينقـل به الوديعـة عن ملك المـودع الى مـلك غـيره ، فانه ينظـر ، فان كانت الوديعـة لا تعـرف للمـودع الا بقـول المـودع ، بأن كانت مختلطـة بغـيرها ، ولم تميـز ، فالقـول قـول المـودع مـع يمينـه فى كل ما ذكـر له من أمـره ايـاه ببيعهـا أو الصـدقة بها أو بهبتهـا ، أو أنـه وهبهـا له وسـائر الوجـوه ، ولا فرق ، لأنه لم يقـر له بشىء فى مالـه ، ولا بشىء فى ذمتـه ، ولا بدين ، ولا بتعـد ، ولا قامت له عليـه بينـه بحق ، ولا بتعـد ، وماله محـرم على غـيره .

وأما ان كانت الوديعـة معـروفة العـين للمـودع ببينـة أو بعـلم الحـاكم ، فان

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٥ ، ص ٤٠٦ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظـاهرى ج ٨ ص ٢٧٧ ، ص ٢٧٨ مسالة رقم ١٣٩٢ طبع ادارة الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٠ هـ .

المودع مدع نقل ملك المودع عنها ، فلا يصدق الا ببينة ، وقد أقر حينئذ فى مال غيره بما قد منع الله تعالى منه اذ يقول : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » فهو ضامن •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[1] وهامشه : ان المالك ان عين للتصدق بالوديعة وقتا ، نحو قوله : ان لم أعد اليك فى وقت كذا فتصدق بها على الفقراء ، فلم يعد فى ذلك الوقت ، جاز له أن يتصدق بها ، مالم يتيقن موته •

فان ثبت أن المودع كان ميتا فى ذلك الوقت لزم الوديع للورثة ضمانها •

وان التبس فلا ضمان ، لأن الأصل الحياة وبراءة الذمة •

وان أتى بلفظ يشمل التوكيل والايصاء كقوله : تصدق بها حيا كنت أو ميتا ، فلا ضمان ان تصدق بها قبل الموت ، وقبل المرض المخوف ، أو التبس هل تصدق قبله أو بعده ، أو تيقن أنها بعده ، وهى تنفذ من الثلث أو أكثر ، وأجاز الورثة ، والا ضمن الزيادة على الثلث ان علم ، أو قصر فى البحث ، لا ان جهل ، لأن الموصى غار له •

واذا أودع رجلان[2] عند رجل وديعتين فتلفت احداهما ، فادعى كل واحد من الرجلين أن الباقية وديعته ، والتبس على الوديع من هى له •

وكذا اذا التبس عليه أى الرجلين أودعه استحقها من قامت بينته منهما فى الصورتين جميعا •

ثم اذا لم يكن لهما بينة كانت لمن حلف منهما على أنها له ، ثم نصفان حيث بينا جميعا ، أو حلفا جميعا ، قال على : أو نكلا جميعا ولا يمين لهما على الوديعة ، الا أن يدعى عليه أنه استهلكه عليه بدعوى اللبس كان له تحليفه على ذلك •

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام[3] : ان المودع ان كان غاصبا مزج ما غصبه بماله ، ثم أودع الجميع ، فان أمكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ، ومنع الآخر ، وان لم يمكن تمييزهما وجب اعادتهما على الغاصب •

---

(١) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح وهامشه ج ٣ ص ٥١٥ طبع مطبعة حجازى بمصر سنة ١٣٥٧هـ

(٢) المرجع السابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتاح ج ٣ ص ٥١٦ ، ص ٥١٧ الطبعة السابقة .

(٣) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص ٢٢٨ الطبعة السابقة .

وجاء فى الروضة البهية [1] : ان المستودع اذا مزج الوديعة بماله أو بمال غيره ، بحيث لا يتميز ، سواء مزجها بأجود ، أم بأدون ، بل لو مزج احدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا ، وان كانا لواحد •

ومثله لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده للتعدى فى الجميع •

وليرد الوديعة حيث يؤمر به أو يريده هو الى المالك أو وكيله المتناول وكالته مثل ذلك مخيرا فيهما ، فان تعذر المالك أو وكيله ، فالحاكم الشرعى عند الضرورة الى ردها لا بدونه ، لأن الحاكم لا ولاية له على من له وكيل والمدعى بمنزلته •

وجاء فى مفتاح الكرامة[2] : أنه لو استودع من اثنين ثلاثة ، ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه ، بخلاف ممتزج الأجزاء ، أى وكذا الحكم لو استودع انسان من رجل دينارين مثلا ، ومن آخر دينارا ، ثم امتزجا اما بغير تفريط منه أو باذن المالكين ، ثم تلف واحد بغير تفريط ، فانا ندفع الى صاحب الدينارين دينارا ، لأن الآخر معترف له به ، والدينار الآخر يقسم بينهما نصفين ، وهذا هو المشهور كما فى الدروس والتنقيح وايضاح المنافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض •

وفى جامع المقاصد نسبته الى الأكثر تارة والى الأصحاب أخرى •

وقد نسب الى الأصحاب فى الدروس والمسالك والروضة ، ولم أجد فيه خلافا الا من المصنف فى التحرير ، فانه قال : الأولى عندى قسمة التالف على رأس المالين فيعطى صاحب الدينارين دينارا وثلثا ، وصاحب الدينار ثلثا دينار •

وقد مال الشهيدان والمحقق الثانى الى القرعة ، لأنها مقتضى القواعد ، لكنهم لم يجسروا على المخالفة •

ودليل المشهور خبر السكونى عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى رجل استودع رجلا دينارين ، واستودعه آخر دينارا منهما ، فقال : يعطى صاحب الدينارين دينارا ، يقتسمان الدينار الباقى بينهما نصفين ، والشهرة المعلومة والمستفيض نقلها تجبر ما هنالك من ضعف •

وقد قال الشهيد الثانى وصاحب الرياض يشكل هنا مع ضعف السند أن التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ١ ص ٣٨٧ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ .

(٢) من كتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة للحسينى العاملى ج ٥ ص ٤٩٧ ، ص ٤٩٨ الطبعة السابقة .

هنـــا ، فكيف يقســـم الدرهـــم بينهمـــا مع انه مختص بأحدهمـــا قطعـــا .

وقالا : ان القـــول فى اليمين كمـــا مر من عـــدم تعـــرض الأصـــحاب له .

وقال فى الدروس ان الأصـــحاب لـــم يذكـــروا يمينـــا هنـــا وفى التى قبلهـــا ، وذكروهمـــا فى باب الصـــلح فجاز أن يكون الصـــلح قهـــريا ، وجـــاز أن يـــكون ذلك اختيـــاريا ، فان امتنعا فاليمين .

وفى جامـــع المقاصـــد : أن ظـــاهر الرواية وكـــلام الأصـــحاب أن ذلك قهـــرى ، وأنـــه بغـــير يميـــن ، بـــل ربمـــا امتنعت اليمـــين اذا صرح كـــل واحـــد بعـــدم العـــلم بعين حقـــه .

قلت : لعـــل ما ذكـــره الأصـــحاب انمـــا هـــو عنـــد التخاصـــم والتـــداعى ، كمـــا فى المســـألة الأولى ، فالحـــكم فيهـــا حينئـــذ ســـواء ، فيجىء أنه لا بـــد من اليمـــين ، وتصـــح قســـمة الدرهـــم بينهمـــا ، لأنهمـــا اتفقـــا على أن أحدهمـــا بعينـــه لصـــاحب الاثنـــين ، واختلفـــا فى البـــاقى المعـــين ، اذ كـــل منهمـــا يدعيـــه أنه درهمـــه فيقســـم بينهمـــا .

وأما اذا طلبـــا حـــكم الله ســـبحانه وتعـــالى عنـــد الاشـــتباه عليهمـــا وتصريح كـــل واحـــد بعـــدم العـــلم بعـــين حقـــه فالحـــكم القـــرعة ، وعلى هذا فلا اشـــكال ، وليس للتأمل مجال .

على أنا نقـــول قد اتفقت كلمتهـــم فى باب الشركة على الحـــكم بالاشـــاعة شرعا فيمـــا اذا مزجا الدراهـــم أو الثيـــاب أو الصـــوف أو الشـــعير ونحـــو ذلك ممـــا هـــو قيمى ، وان كان غـــير مشـــاع واقعـــا ، ولذلك عرفوها بأنهـــا اجتمـــاع أموال المـــلاك على ســـبيل الاشـــاعة ، مـــع أن أظهـــر أفرادها مـــزج الدراهـــم والاشـــتراك بهـــا .

واحتـــرز بقـــوله من غـــير تفـــريط عمـــا لو فـــرط فى الحـــفظ أو المـــزج ، فان الودعى يضـــمن التـــالف ، كمـــا صرح بـــه جمـــاعة كالمصـــنف فى التـــذكرة ، والمقداد ، والمحقق الثـــانى ، والشـــهيد الثـــانى ، وغـــيرهم ، فيضـــم اليهـــا ، ويقتســـمان من غـــير نقص .

وقـــد يقـــع مـــع ذلك التعـــاسر على العين فتتجـــه القرعة ، لأنه يـــكون على تقـــدير الضـــمان لـــكل واحـــد منهمـــا نصـــف الدرهـــم الواحـــد فيـــكون النزاع والتعاسر فى الأخـــذ من الضـــامن وأخـــذ الباقى .

وأما ممتزج الأجزاء كالـــدهن والحنطـــة والشـــعير ، فاذا كان لأحدهمـــا قفـــيزان مثـــلا ، وللآخـــر قفيـــز وتـــلف قفيز بعـــد امتزاجهمـــا بعـــد تفريط ، فالتـــالف على نســـبة المالين ، وكـــذا البـــاقى ، فيـــكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث ، وللآخر ثلثـــا قفـــيز كمـــا صرح به فى التـــذكرة والدروس والتلقيح معـــا ، بخـــلاف الدرهـــم ، لأنـــه مختص بأحدهمـــا ، ويحتمل أن يـــكون الحكم فيـــه ما تقـــدم .

ويباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ، ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر ، فان بيعا منفردين ، فان تساويا فى الثمن ، فلكل مثل صاحبه ، وان تفاوتا فالأقل لصاحبه ونحوه ما ذكره فى التذكرة غير أنه لم يقيد فيها بيعهما معا بعدم امكان الانفراد .

ويظهر ما فى الكتاب أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع .

وحاصله أنهما ان بيعا مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد ، بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال ، وعليه تنزل الرواية .

وان أمكن بيعهما منفردين وجب ، فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب ، وان اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر ، والأقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن ، وان أمكن خلافه ، الا أنه نادر ، لا أثر له شرعا ، ويلزم على ما ذكره فى التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معا أو منفردين ، اذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان .

قال فى الدروس لكن الرواية مطلقة فى البيع ، ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوى القيمتين ، فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين .

وقال فى جامع المقاصد فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان ، فيبقى ما اذا تفاوتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف ، اذ لاراد له ، وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه ، الا أن مخالفة النص ، وكلام الأصحاب مشكل .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل[1] : ويصدق مستودع ومستعير ، ومضارب ، لا بيمين فى تلف أى يصدقون فى ادعائهم تلف ما بأيديهم ان كانوا أمناء عند الحاكم ، وان لم يكونوا عنده أمناء احتاجوا الى الشهود بكونهم أمناء ، وان كانوا غير أمناء أولا يدرى حالهم ، بأن التبس الأمر على الحاكم حلفوا ، وكذا الأمانة ، والوديعة ما بيد انسان بوضع صاحبه فيه .

وقيل يحلفون فى ذلك كله ولو أمناء .

قال بعضهم الأمين أمين ، ويحلف ، والمراد التلف الذى يعذر فيه كالغصب والموت ، لا الذى لا يعذر فيه كالسقوط أو النسيان فى موضع والغلط ، وكذا وارثهم ان ادعى تلفه بيد مورثه لا يمين عليه انه تلف بيد موروثه ، لا أن ادعى تلفه فانه يغرم ولا يصدق فى تلفه ،

---

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٢٣٥ طبع يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ

لأنه لم يؤتمن عليه ، وانما أؤتمن عليه موروثه الا أن بين أنه تلف .

وقيل : لا غرم عليه ، ولكن يحلف أنه ذهب ، لأنه بقى فى يده من الموروث كالأمانة .

وجاء فى موضع آخر[1] : ولا تنصب حكومة فى حرام بالذات كخمر وخنزير وعذرة أو لعارض كمغصوب ومسروق وربا وثمن ذلك ولا بين أهل ريبة أو يعلن أهل ريبة ، وبعض غير أهل ريبة اذا تنازعوا فى شىء ريب انه لغيرهم .

وأما ما علم أنه حلال فتنصب بينهم ليوصل الى صاحبه منهم .

الاشْتِبَاهُ فِى الْهِبَةِ

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أنه يشترط فى الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة ، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد ، بأن وهب ما يثمر نخله العام ، وما تلد أغنامه السنة ، ونحو ذلك ، لأن الهبة تمليك للمال ، وتمليك المعدوم محال ، وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة ، أو ما فى ضرعها لا يجوز ، وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب ، لأنه لا وجه لتصحيحه للحال ، لاحتمال الوجود والعدم ، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل ، وقد يكون لداء فى البطن وغيره ، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن ، وقد يكون بغيره ، فكان له خطر الوجود والعدم ، ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث .

وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه .

ويشترط فى الموهوب[3] ألا يكون متصلا بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء ، لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب .

وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع ، أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر ، وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز ، لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض .

واذا زادت[4] الهبة زيادة متصلة بالأصل فى يد الموهوب له ، فانها تمنع

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٧ ص ٤١ ، ص ٤٢ الطبعة السابقة .
(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١١٩ الطبعة السابقة .
(٣) المرجع السابق للكاسانى ج ٦ ص ١٢٥ الطبعة السابقة .
(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٢٩ الطبعة السابقة .

الرجـــوع فىالهبـــة ، ســـواء كانت الزيادة بفعـــل الموهـــوب له أولا ، وســـواء كانت متولـــدة أو غـــير متـــولدة ، نحـــو ما اذا كان الموهـــوب جارية هزيلة فســـمنها ، أو دارا فبنى فيهـــا ، أو كان ثوبا فصـــــبغه بعصـــفر أو زعفـــران ، أو قطعـــه قميصا ، لأنه لا ســـبيل الى الرجـــوع فى الأصـــــل بدون الزيادة ، لأنـــه غـــير ممـــكن فامتنـــع الرجـــوع أصـــلا .

مذهب المالكيـــة :

جاء فى التـــاج والاكليـــل[1] : **ان من وهب** لرجـــل موروثه من فـــلان ، وهو لا يدرى كم هـــو ســـدس أو ربـــع ، أو وهبـــه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدرى ذلك ، كم ذلك فذلك جائز ، ونقله فى النوادر فى كتاب الهبات والصـــدقات عن كتـــاب ابن المـــواز ، وقال قبـــله ، قال أبو محمـــــد وأعـــــرف لابن القاســـم فى غـــير موضـــع أن هبة المجهـــول جائزة .

وقال ابن عبـــد الحـــكم تجـــوز هبـــــة المجهـــول ولو ظهـــر له أنهـــا كثير بعـــــد ذلك .

قال فى النـــوادر عن كتـــاب ابن المـــواز وان تصـــدق عليـــه ببيت من داره ولم يســـم له مرفقـــا ، فليس له منعـــه من مدخـــل ، ومخـــرج ، ومرفـــق بئـــر ، ومرحاض ان لم يســـمه فى الصـــدقة ، وليس له أن يقـــول له افتـــح بـــابا حيث شـــئت .

وقال ابن عرفة[2] : اذا وهب الأب لصـــغار ولده ، فان حـــــوزه لهم يصـــح ، اذا كان ما وهبـــه يعـــرف بعينـــه .

قال ابن رشـــد هـــذا محـــل اتفـــاق .

قال البـــاجى وأما مالا يتعـــين كالدنانـــير والدراهـــم ، فانهـــا ان بقيت بيـــد الأب غير مختـــوم عليهـــا لم يتصرف فيهـــا لابنـــه الصـــغير .

قال ابن القاســـم انه ان مات الأب وهى على ذلك فالعطيـــة باطلة .

وكذلك لو تصـــدق عليـــه بعشرة دنانـــير معينـــة فقـــال مالك لا يجـــوز وان طبـــــع عليهـــا حتى يدفعهـــا الى غـــيره ويخرجهـــا عن ملكـــه ، وذلك أنهـــا غير معروفة العـــين ولا متعينـــة بالاشـــارة اليها ، ولا يصـــح أن تعـــرف بعينهـــا اذا أفردت من غـــيرها . ولم يختـــلف أصـــحابنا فى ذلك اذا وهبـــه عشرة دنانـــير من دنانيره .

وأما اذا ختـــم عليهـــا أو أمســـكها عنـــده فقـــد روى عن مالك أنهـــا تبطـــل .

زاد ابن المـــواز وان ختم عليها الشـــهود والأب وبه أخـــذ ابن القاســـم والمصريون ،

---

(١) مواهب الجليـــل لشرح مختصر خليـــل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٥١ ، ص ٥٢ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٦٠ الطبعة السابقة .

ووجهــه أنهــا مالا يتعــين بالعقــد فـــلا يصــح فيهــا حيــازة مــع بقائهــا بيـــد المعطى كالتى لم يختــــم عليهـــا •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج[1] : انه لو اصطلح الذين وقــف المال بينهــم على تســـاو أو تفــاوت جاز ، قال الامــام : ولا بــد أن يجــرى بينهــم تواهب ، وهــذا التــواهب لا يــكون الا عن جهــالة ، ولكنهــا تحتمــل للضرورة •

ومنهــا ماذا اختلط حمــام برجــين فوهب صــاحب أحدهمــا نصــيبه للآخر ، فانه يصح على الصـــحيح وان كان مجهــول القــدر والصــفة للضرورة •

ومثــل ذلك ما لو اختلطت حنطتــه بحنطة غــيره أو مائعــة بمــائع غــيره أو ثمــرته بثمــرة غــيره •

ومنها ما لو قال : انت فى حــل ممــا تأخذ من مالى ، أو تعطى ، أو تأكــل ، فانــه يجوز له الأكل ، دون الأخــذ والاعطــاء ، لأن الأكــل اباحــة ، وهى تصــح مجهـــولة بخلافهمــا •

ومنهــا صــوف الشــاة المجعولة أضــحية ولبنهــا كمــا قاله الرويانى •

ومنهــا الطعــام المغنــوم من دار الحرب تجــوز هبتــه للمســلمين بعضــهم من بعض ما دامــوا فى دار الحــرب كمــا يجــوز لهم أكــله هنــاك ، ولا يصــح لهــم تبايعــه قاله الزركشى وهــذه فى الحقيقة لا تستثنى ، لأن الآخــذ لا يمــلك المأخــوذ حتى يملكــه لغــيره ، وانمــا هو مبــــاح للغــانم غــير ممـــلوك •

ومنهــا الثمــار قبـــل بدو الصـــــلاح تجــوز هبتهــا من غــير شرط القطــع بخلاف البيــع وكــذا الزرع الأخضر قبل اشـــتداد الحب •

مذهب الحنابلة :

جــاء فى كشــاف القناع[2] : انه ان تعذر علم المجهــول كزيت اختــلط بزيت أو شـــيرج صــحت هبتــه كصــلح عنه للحاجة •

وجاء فى الشرح الكبير[3] لا تصــح هبــة المجهــول كالحمــل فى البطــن واللبــن فى الضرع ، وبهــذا قال أبو حنيفــة والشــافعى رحمهمـــا الله تعــالى وأبو ثــور ، لأنــه مجهــول معجــوز عن تســليمه •

وفى الصــوف على الظهــر وجهــان بنــاء على صــحة بيعــه ، ومتى اذن له فى جــز الصــوف وحلب الشــاة كان اباحــة ، ولا تصــح هبــة المعــدوم كالذى تثمــر شجرته

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للأمام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٢ ص ٣٧٠ ، ص ٣٧١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

(٢) كشــاف القناع عن متن اقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٧٩ الطبعة السابقة

(٣) الشرح الكبير على المغنى لابن قــدامه المقدسى ج٦ ص٢٦٣ ، ص٢٦٤ الطبعة السابقة

أو تحمـل أمته ، لأن الهبـة عقـد تمليك فى الحيـاة فلم تصـح فى هـذا كله كالبيع .

ثم قال : قد ذكـرنا أن هبـة المجهـول لا تصـح ، نص عليـه أحمـد فى رواية أبى داود وحرب ، وبه قال الشـافعى .

قال شـيخنا ويحتمـل أن الجهـل اذا كان من الواهب منـع الصـحة ، لأنه غـرر فى حقـه ، وان كان من الموهـوب له لـم يمنعهـا ، لأنه لا غرر فى حقـه فلم يعتبـر فى حقـه العـلم بما يوهب لـه كالوصـية .

وقال مالك تصـح هبـة المجهـول ، لأنه تبـرع فصـح فى المجهـول كالنـذر والوصـية .

ولنـا أنه عقـد تمليـك لا يصـح تعليقه بالشروط فـلم يصـح فى المجهـول كالبيـع بخـلاف النـذر والوصـية ، فأما مالا يقدر على تسـليمه فتصـح هبتـه فى أحـد الاحتمـالين اذا قلنـا أن القبض ليس بشرط فى صـحة الهبـة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحـلى[1] أن من وهب شـيئا غـير معـين من جمـلة أو عـدد كذلك أو زرعا كذلك أو وزنا كـذلك أو كيـلا كـذلك ، فهـو باطـل ، لا يجـوز ، مثـل أن يعطى درهمـا من هـذه الدراهـم ، أو دابـة من هـذه الدواب ، أو خمسـة دنانـير من هـذه الدنانـير ، أو رطـلا من هـذا الدقيـق ، أو صـاعا من هـذا الثـمر ، أو ذراعـا من هـذا الثـوب ، وهـكذا فى كـل شىء ، والصـدقة بكل هـذا والهبـة ، والاصداق ، والبيـع ، والرهن ، والاجارة باطـل كـل ذلك سـواء فيمـا اختلفت أبعاضـه ، أو لم تختـلف ، لا لشريك ، ولا لغـيره ، ولا لغنى ، ولا لفقـير ، لأنه لم يوقـع الهبـة ، ولا الصـدقة ، ولا الصـداق ، ولا الرهن ، ولا الاجـارة على شىء أبانـه عن ملـكه .

لمـا روينـا من طريق عبـد الرازق عـن معمـر سـألت الزهرى عن الرجـل يكون شريـكا لأبيـه ، فيقـول له أبـوه : لـك مائـة دينـار من المـال الذي بينى وبينـك ؟ فقـال الزهـرى قضى أبـو بـكر وعمـر رضى الله عنهمـا أنه لا يجـوز حتى يحـوزه من المـال ويعـزله .

وباسـناده الى معمـر عن سمـاك بن الفضـل كتب عمـر بن عبـد العزيز أنـه لا يجـوز من النحـل الا ما أفرد وعزل .

ثم قال ابن حـزم : ومن أعطى شيئا من غـير مسـألة ففـرض عليـه قبـوله وله أن يهبـه بعـد ذلك ، وبعـد أن ساق ابن حـزم الدليـل النقـلى على ذلك قال : ولا يخـلو من اعطـاء سـلطان أو غير سـلطان كائنـا من كان من بر أو ظـالم من أحـد ثلاثة أوجه لا رابع لها .

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١٥٢ ص ١٥٣ ، ١٥٤ مسألة رقم ١٦٢٤ ومسألة رقم ١٦٣٥ الطبعة السابقة .

اما أن يوقن المعطى أن الذى أعطى حرام •

وأما أن يوقن أنه حـلال •

وأما أن يشـك فلا يدرى أحلال هـو أم حـرام ، ثم ينقسـم هـذا القسـم ثلاثة أقسـام •

أما أن يـكون أغلب ظنـه أنه حرام •

أو يكون أغـلب ظنـه أنه حـلال •

واما أن يـكون كـلا الأمرين ممـكنا على السـواء •

فان كان موقنـا أنـه حـرام وظـلم وغصب ، فان رده فهـو فاسـق عاص لله تعـالى ظالم ، لأنـه يعـين بـه ظالمـا على الاثم والعـدوان •

ثم لا يخـلو من أن يـكون يعـرف صـاحبه الذى أخـذ منـه بغـير حـق أو لا يعرفه •

فان كان يعـرفه فهنـا زاد فسـقه وتضاعف ظلمـه ، لأنه قدر على رد المظلمـة الى صـاحبها ، وعلى ازالتهـا عن الظـالم فلم يفعـل ، بـل أعان الظـالم وأيـده وأعان على المظلوم •

وان كان لا يعـرف صـاحبه فـكل مال لا يعرفه صاحبه فهو فى مصالح المسـلمين ، فالقـول فى هـذا القسـم كالقـول فى الذى قبله ، لأنه قوى الظالم بمالا يحل •

وان كان يوقن أنه حـلال فان الذى أعطـاه مكتسب بذلك حسـنات فهـو فى رده عليـه ما أعطـاه غـير ناصـح له اذ منعـه الحسـنات الكثيرة •

وان كان لا يدرى أحلال هو أم حرام فهذه صـفة كل ما يتعـامل به النـاس الا فى اليسـير الذى يوقن فيـه أنه حـلال أو أنه حـرام ، فـلو حـرم أخـذ هـذا لحرمت المعامـلات كلهـا الا فى النـادر القليـل جـدا •

وقـد كان على عهـد رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم سرقات ومعـاملات فاسدة غـير مشـهورة ، فمـا حـرم النبى صـلى الله عليـه وسـلم قط من أجـل ذلك أخـذ مال يتعـامل به الناس ، الا أن قـوما من أهـل الورع اتقـوا ما الا غلب عنـدهم أنه حـرام ، فمـا كان من هـذا القسـم فهـو داخـل فى باب وجـوب النصـيحة بأخـذه ، فان طابت نفسـه عليـه فحسن ، وان اتقـاه فليتصـدق به فيـؤجر على كل حـال •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهـار[1] : أنه يشـترط فى الهبـة تمييز الشىء الموهـوب بمـا يميزه للبيـع فهبـة المجهـول لا تصـح اذا كان

(1) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ٤٣٦ طبع مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧

عينا ، كما لا يصح بيعه ، فاذا ميز للهبة بمثل ما يميز للبيع صحت •

وأجاز المؤيد بالله الهبة اذا ذكر لها حاصرا ، نحو كل ما أملك أو ما ورثت من فلان •

وحمله القاضى زيد وأبو مضر على معرفة الجنس •

مذهب الامامية :

جاء فى العروة الوثقى[1] : أنه اذا تغيرت العين فى حالة شك معه صدق القيام بعينه وعدمه ، فالظاهر عدم جواز الرجوع ، لأنه معلق على عنوان القيام بعينه ، والمفروض الشك فى صدقه ، ولا مجرى ، لاستصحاب بقاء الجواز ، لأنه لا يثبت أن هذا الموجود ويجوز الرجوع فيه فتأمل •

هذا اذا لم يعلم بقاء الموضوع فى الاستصحاب وشك فيه فان المستصحب حينئذ بقاء الجواز الثابت سابقا ولا يثبت •

وأما اذا علم بقاء الموضوع عرفا فلا مانع من استصحاب بقاء جواز الرجوع الثابت فيه فلا يكون من الأصل المثبت •

واذا علم بالتغير[2] والرجوع وشك فى السابق واللاحق فمع الجهل بتاريخهما أو العلم بتاريخ التغيير قدم قول المتهب •

وان علم تاريخ الرجوع قدم قول الواهب •

واذا علم الرجوع وموت المتهب وشك فى السابق واللاحق قدم قول وارث المتهب مع الجهل بتاريخهما أو العلم بتاريخ الموت وقول الواهب ووارثه مع العلم بتاريخ الرجوع •

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل[3] : انه لا تصح الهبة فى مال شركة ذى شياع يتوصل فيه الى تحقيق سهامه وأهله أى ، ولا فى ذى شياع جهلت فيه الانصباء ، اذ قد تجوز فيه هبة الغلة •

ولا تصح هبة ما فى ذمة وما فيها من دين أو قرض أو غيرهما عند من اشترط القبول والقبض ، لعدم القبض •

---

(١) العروة الوثقى للسيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى وعليها تعليقات لأشهر مراجع العصر وزعماء الشيعة الامامية ج ٥ ص ١٧٦ ص ١٧٧ طبع مطبعة دار الكتب الاسلامية للشيخ محمد الأخوندى بطهران الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ •

(٢) المرجع السابق للطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ١٨٣ مسألة رقم ١٧ الطبعة السابقة •

(٣) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج٦ ص٦ ، ص ٧ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ

وتصح عند من لم يشترطها وعند من اشترط القبول فقط •

وذكر أبو زكريا فى الأحكام ما يدل على أنه يصح هبة ما فى الذمة •

وتصح هبة لشريك فى مشترك مثل أن يشترك اثنان فى أصل أو عرض فيهب أحدهما سهمه للآخر ان لم يشترك ثالث معهما فصاعدا ، والا لم تصح لبقاء شريك آخر أو شركاء لم تتميز سهامهم لشياعها ، ولو تميزت بالتسمية فلا قبض حينئذ •

ولا تصح هبة مجهول[1] ولا المجهول وجوزت فى كل ذلك اذا تبينت صفتها أو اسمها ولو كان الشىء مجهولا •

وان وهب شريك حصته[2] لشريكه مثل دار لم تقسم فهل المذكور من الهبة أو ذلك الاعطاء قبض ، لأن المشترك فى قبضة كل من الشركاء ، لأن حصته منه غير متعينة وتجوز ، هذا قول الربيع ، أعنى أنه يعد ذلك قبضا ، ولكنه لا يشترط القبض •

ومن اشترطه فعد ذلك قبضا أجازها أولا يكون ذلك قبضا فلا تجوز حتى تقسم فتتعين الأنصباء وتصلح للقبض ، وهو قول ابن عبد العزيز يقول لا تجوز

(١) المرجع السابق لأطفيش ج ٦ ص ٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ١٢ ، ص ١٣ الطبعة السابقة .

الهبة حتى تكون معلومة مقسومة مقبوضة هذان قولان أيضا ، والمختار الجواز فيهما أى فى مسألة هبة الحصة للشريك •

ومسألة هبة مالم يقسم لمتعدد والمتعدد ينزل منزلة الواحد ، اذ جعل واحدا وان بلا قبض ، أو الشركة غير قبض •

الاشْتِبَاهُ فِى الوَقْفِ

مذهب الحنفية :

جاء فى الفتاوى الهندية[3] : أن شيخ الاسلام سئل عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف الى مستحقيه قال : ينظر الى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامها كيف يعملون فيه والى من يصرفون وكم يعطون ، فيبنى على ذلك كذا فى المحيط •

أما الوقوف التى تقادم أمرها ، ومات وارثها ، ومات الشهود الذين يشهدون عليها ، فان كانت لها رسوم فى دواوين القضاة يعمل عليها ، فاذا تنازع أهلها فيها أجريت على الرسوم الموجودة فى ديوانهم ، وان لم تكن لها رسوم فى دواوين القضاة يعمل عليها ، تجعل موقوفة ، فمن أثبت فى ذلك حقا قضى له به •

(٣) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشها فتاوى قاضيخان ج ١ ص ٤٣٦ الطبعة السابقة .

هــذا كــله اذا لم تبق ورثــة الواقف •

فان بقيت وتنـــــازع قــوم يرجــع الى ورثة الواقف فى الوجهـين جميعــــا ، فاذا أقــروا بشىء يؤخــذ باقرارهم ، فان تعــذر يرجــع الى الرســوم ، فان تعــذر تجعــل موقوفة الى قيــام الدليـــل ، كــذا فى المضــمرات ، فان اصــطلحوا وأرادوا أخــذ ذلك كان للقــاضى فى الاســتحسان أن يقسم ذلك بينهم •

مذهب المالكيــة :

جاء فى التـــاج والاكليــل نقـــلا عن المـدونة[١] : ان مالــكا رحمــه الله تعــالى قال : من حبس حبســا على ولــد له صــغار فمــات وعليــه دين لا يــدرى الدين كان قبل أم بعــد الحبس ، وقام الغــرماء ، فعــلى الولد اقامة البينــة أن الحبس كان قبـــل الدين ، والا بطــل الحبس •

ومن تصــدق بدار له[٢] على رجــل وولده ما عاشــوا ولم يذكر لهــا مرجعــا الا صدقة هــكذا ، لا شرط فيهــا فهــلك الرجـــل وولده ، فانهــا ترجــع حبســا على فقــراء أقارب الذى حبس ولا توارث •

قال عيـــاض : ان قال مالك هــو حبس أو وقف هو صــدقة ، فان عينهــا لمجهولين محصــورين ممــا يتوقع انقطــاعه كقــوله على ولــد فــلان أو فــلان وولده ، فاختلف فيــه •

قــال مالك وقاله فى الــكتاب هى حبس مؤبد يرجــع بعـــد انقراضــهم مرجــع الأحبــاس ، ســواء قال ما عاشــوا أولا •

قال وان جعلهــا لمجهــولين غير محصورين كالمســاكين ، فهى ملك لهــم تقســم عليهم ان كانت ممــا ينقســم ، أو بيعت وقســمت وانقضت فيمــا يحتــاج اليــه ذلك الوجــه المجهــول ، وتعيين المجهــول ليس هنـــا باجتهاد الناظر فى موضع الحكم ووقتــه ولا يلــزم عمومهم اذ لا يقــدر عليــه •

وسئل ابن علاق عن حبس[٣] على طلاب العــلم للغــرباء أنه ان لم يوجــد غربــاء دفــع لغــير الغــرباء •

قال : ويشــهد لهــذا فتيــا ســحنون فى فضــل الزيت على المســجد أنه يؤخــذ منه فى مســجد آخــر •

وفتيــا ابن فرحــون فى حبس على حصن تغــلب عليــه يدفــع فى حصن آخر •

قال وما كان لله تعــالى واســتغنى عنــه فجــائز أن يســتعمل فى غير ذلك الوجــه ما هو لله تعالى •

---

(١) مواهب الجليل على شرح مختصر خليل وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٢٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٧ الطبعة السابقة .

(٣) التــاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل على مختصر خليل المعروف بالحطــاب ج ٦ ص ٣٢ الطبعة السابقة .

ومنهـا فتيـا ابن رشـد فى فضـل غلات مسـجد زائدة على حاجتـه أن يبنى بهـا مسـجد تهـدم •

وقال عيـاض ان جعـل حبسـه على وجه معـين غـير محصـور كقـوله حبس فى السـبيل أوفى وقيـد مسـجد كـذا أو اصـلاح قنطـرة كـذا فحكمـه حـكم الحبس المبهم يوقف على التأبيـد ، ولا يرجـع ملـكا •

فان تعـذر ذلك الوجـه بجـلاء البـلد أو فسـاد موضـع القنطـرة حتى يعـلم أنه لا يمـكن أن تبنى وقـف ان طمـع بعوده الى حاله أو صرف فى مثله •

قال عيـاض ان قال مـكان هو حبس أو وقف هى صـدقة •

فان عينهـا لشـخص معـين فهى مـلك لـه •

وان قال دارى حبس على فـلان وعـين شـخصا ، فاختـلف فيـه قول مالك هـل يكون مؤبـدا لا يرجـع ملكا ، فان مـات فـلان رجعت حبسـا لأقـرب النـاس بالمحبس على سـنة مراجـع الأحبـاس ، فان لم يـكن لـه قـرابة رجعت للفقـراء والمسـاكين •

والقـول الآخـر أنهـا ترجـع بعـد موت المحبس عليـه ملـكا للمحبس ، أو ورثته ان مات كالعمرى •

قال عيـاض : ان قال : صـدقة وجعلهـا لمجهـولين غـير محصـورين كالمسـاكين ، فهى مـلك لهـم ، ويجتهـد النـاظر اذ لا يقـدر على تعميمهـم •

وقال عيـاض أيضـا اما لفظـة الحبس المبهـم كقـوله دارى حبس فـلا خـلاف أنهـا وقف مـؤبد ، ولا ترجـع ملـكا ، وتصرف عنـد مالك فى الفقـراء والمسـاكين •

وان كان فى الموضـع عـرف للوجوه التى التى توضـع فيهـا الاحبـاس وتجعـل لهـا حملت عليـه •

وقـال ابن رشـد لا خـلاف فى أن من حبس أو وهب أو تصـدق أنه لا رجـوع لـه فى ذلك ويقضى عليـه بذلك أن كان لمعـين اتفـاقا ولغير معين باختلاف ، وهذا مذهب المـدونة(١) •

ومن حبس على من لا يحاط به أو على قـوم وأعقـابهم •

أو على كولده ولم يعينهم فضـل المتـولى أهل الحـاجة والعيـال فى غلة وسكنى أما مسـئلة القسـم على من يحـاط به أو على قوم وأعقابهم •

فقـال ابن عرفـة قسـم ما على غـير منحصر بالاجتهـاد اتفـاقا •

وروى ابن عبدوس من حبس على قـوم وأعقـابهم فهـذا كالصدقة يوصى وان تفرق على المسـاكين لمن وليهـا ، أو يفضـل أهـل الحاجة والمسـكنة والمؤنة والعيـال وللزمانة وكـذا غلـة الحبس •

وقال ابن رشـد المشـهور ان قسـم

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٧ ، ص ٤٨ الطبعة السابقة .

الحبس لمعقب بين آحادهم بقدر حاجتهم ، وما على معينين هم فيه بالسواء •

وأما القسم على نحو ولده ولم يعينهم فقال ابن رشد : معلوم قول ابن القاسم وروايته فى المدونة أن الآباء يؤثرون على الأبناء ولا يكون للابناء معهم فى السكنى الا ما فضل عنهم ، وسواء على قوليهما قال حبس على ولدى ولم يزد فدخل معهم فى السكنى الأبناء بالمعنى أو قال على ولده وولد ولده فدخلوا معهم بالنص •

وقال مالك[١] : من حبس دارا على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكنا فقال الذى لم يجد : أعطونى من الكراء بحساب حقى ، فلا كراء له ، ولا أرى أن يخرج أحد لأحد ، ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالوضع الذى إنتقل اليه استحق الحاضر مكانه •

وأما أن أراد السفر الى موضع ثم يرجع فهو على حقه •

قال فى كتاب محمد وله أن يكرى منزله الى أن يرجع •

وسمع عيسى من حبس على قوم وهم متكافئون فى الغنى والفقر اجتهد فى ذلك ، ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراءها عليهم ، ومن سبق وسكن فهو أولى ، ولا يخرج منها •

قال ابن رشد معناه فى غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان •

وان كان على معينين مسميين لم يستحق السكنى من سبق اليه ، وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم قاله ابن القاسم •

قال محمد : وغنيهم وفقيرهم سواء الا بشرط •

روى ابن القاسم من حبس على ولده أو غيرهم حائطا وسمى لبعضهم ما يعطى كل عام من الكيل ، ولم يسم للآخرين فيبدأ بالذى سمى له ، الا أن يعمل فى ذلك عامل فيكون أولى بحقه قال ابن القاسم وكذا فى غلة الدور •

وقال ابن المواز [٢] فى الشامل ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم ، فضل الناظر ذا حاجة وعيال فى غلة وسكنى على المشهور باجتهاده •

فان استووا فقرا وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ، ودفع الفضل لمن يليه ، فأما على ولده وولد ولده ، أو مواليه ولم يعينهم فكذلك •

---

(١) التاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٩ الطبعة السابقة .

(٢) التاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٨ الطبعة السابقة .

وقيل : الغنى والفقير سواء ، فان عينهم سوى بينهم ، فان كان للغنى ولد فقير أعطى بقدر حاجته .

وقال فى النوادر ومن المجموعة من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة ، ولا يعطى الغنى منها شيئا ، ويعطى المسدد بقدر حاله ، فان كان للاغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم .

قال الباجى يريد بالمسدد الذى له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله .

وفهم من قوله ولم يعينهم أنه لو عينهم أنه يسوى بينهم وهو كذلك .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[1] : أن الواقف إن قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى ، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه .

فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل .

فاذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدا .

(١) من كتاب المهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ١ ص ٤٤٤ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢٧٦ هـ مطبعة دار احياء الكتب العربية .

وان وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو اسحق يدخل فيه ، لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة .

والمذهب الأول ، لأن الوقف على ولده باللعان قد بان أنه ليس بولده ، فلم يدخل فيه .

وان وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده فان قال على نسلى أو عقبى أو ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعدوا لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى « ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين[2] ، وزكريا ويحيى وعيسى[3] . والياس كل من الصالحين ، واسماعيل واليسع ويونس ولوطا وكلا فضلنا على العالمين[4] » فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب اليه بالأم .

فان وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابى وثعلب هم ذريته .

وقال القتيبى : هم عشيرته .

(٢) الآية رقم ٨٤ من سورة الانعام .
(٣) الاية رقم ٨٥ من سورة الانعام .
(٤) الآية رقم ٨٦ من سورة الانعام .

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون اليه .

قال الشاعر : بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب .

وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل لأنا لا نعلم أنه من البنين فان وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأنا لا نعلم أنه من البنات .

فان وقف على البنين والبنات ففيه وجهان أحدهما أنه لا يدخل فيه لأنه ليس من البنين ولا من البنات .

والثانى أنه يدخل ، لأنه لا يخلو من أن يكون ابنا أو بنتا وان أشكل علينا فان وقف على بنى زيد لم يدخل فيه بناته .

فان وقف على بنى تميم وقلنا ان الوقف صحيح ففيه وجهان .

أحدهما لا يدخل البنات ، لأن البنين اسم للذكور حقيقة .

والثانى يدخلن فيه ، لأنه اذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب اليها من الرجال والنساء .

مذهب الحنابلة :

جاء فى قواعد ابن رجب[1] : انه لو وجد فى كتاب وقف أن رجلا وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه هل المراد بنى بنيه (جمع ابن) أو بنى بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل فى فنونه : يكون بينهما عندنا ، لتساويهما ، كما فى تعارض البينات .

قال الشيخ تقى الدين : ليس هذا من تعارض البينتين ، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ، ولو كان من تعارض البينتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح اما التساقط واما القرعة ، فيحتمل أن يقرع ها هنا ، لأن الحق ثبت لاحدى الجهتين ، ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين ، لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه لا يخص منهما الذكور بل يعم أولادهما ، بخلاف الوقف على ولد الذكور ، بل يعم أولادهما ، بخلاف الوقف على ولد الذكور ، فانه يخص ذكورهم كثيرا كآبائهم ، ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته ، قال : وهذا أقرب الى الصواب .

وأفتى رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد جهل اسمه أنه يميز بالقرعة .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[2] : أن الواقف اذا

(١) القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٢٣٧ طبع مطبعة الصدق الخيرية بمصر مكتبة الخانجى الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢ هـ ، سنة ١٩٣٣ م .

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار ج ٣ ص ٤٦١ ، ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

عين العين الموقوفة ثم التبس ما قــد عين فى النيــة بغــيره بــلا تفــريط صــار للمصالح وبه قيمــة أحدهمــا فقط •

فلو وقف واحــدا من شــيئين وعينــه فى نفســه ، ثم التبس ما قــد عــين فانه ينظر ، هــل وقــع منــه تفريط فى ترك التعيــين حتى التبس أم لا ، فان لم يقــع منــه تفــريط بطــل الوقــف ، وصــار الشــيئان جميعــا للمصــالح •

وان فرط حتى التبس عليــه أو مات ولــم يعــرف الورثــة ولا توجــد شــهادة بطــل الوقــف أيضــا ، وصــار ملــكا له أولهــم ، ولزمــه للمصــالح قيمــة الأقــل منهمــا •

ولمتولى الوقف تأجيره مدة معــلومة لكن لا يكون الا دون ثلاث ســنين لأن خلاف ذلك يؤدى الى اشتباه الوقف بالملك •

قال[1] الهادى عليــه الســلام : تجــوز اجــارة الوقف مدة قريبــة نحــو ســنة أو ســنتين دون المــدة الطويــلة ، فان ذلك مــكروه كراهة حظــر تمنــع الصــحة مــع حصــول اللبس •

واذا حــدث الاختــلاط [2] فالتبست أملاك الأعــداد وأوقافهــا لا بخــالط نحــو آن يختــلط ملــكان أو وقفان لشخصين أو لمســجدين أو زكاة وغلة لمســجد أو نحــو ذلك ، حتى لا يتميــز ما لــكل واحــد منهمــا ، ولم يــكن ذلك بخــلط خالط ، بــل برياح أو من لا تضــمن جنايته من حيوان أو غــيره ، فــاذا كان الخــلط على هـــذه الصــفة قسـمت تـلك الأمــلاك على الرءوس ، ســواء كانت مثليــة أو قيميــة على ما تقتضــيه القســمة ، وبيــين مدعى الزيادة والفضــل •

فمن ادعى أن نصــيبه أكثــر ، أو أفضــل كانت عليــه البينــة ، الا اذا كان الخــلط مــلكا بوقــف بطــل الوقــف ، وصــارا جميعــا ملــكا للمصــالح رقبتهمــا •

قيــل : أو كان المختــلط وقفــين أحدهمــا لآدمى ، والآخــر لله تعــالى ، فان غلتهمــا تــكون للمصــالح ، ولا يبطــل الوقــف ، فيصــيران للمصــالح ، وهمــا الملك والوقف والوقفــان رقبــة الأول وهــو الملك والوقف، وغــلة الثــانى وهمــا الوقفــان هــكذا •

وقال على وغــيره بل الأولى أن تقســم الغــلة كالملكيــة ، ولا يقــاس على اختــلاط الملك بالوقف ، لأن الوقف لا يصــح التراضى على مصــيره ، ملكــا ، لأنه لا يبــاع فلهــذا صــارا جميعــا للمصــالح هنــاك ، وأما هنا فان الغــلة تبــاع فيصــح التراضى فيهــا فالأولى القســمة ، ولا تصــير للمصـــالح كالملكيــة •

قال مولانا المهــدى عليــه الســلام : هذا هو القوى •

وأما اذا كان اختــلاط الأمــلاك والأوقاف بخــالط فلا يخــلو اما أن يــكون متعــديا

---

(١) المرجع السابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتــاح ج ١ ص ٤٩٧ وهامشــه الطبعة السابقة .

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٣ ص ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ص ٣٥٣ الطبعة السابقة .

بذلك أولا ، والتعــدى أن يفعــله من غــير أمرهم ان كان لا باذن بل متعــد ، فالمخلوط اما أن يكون من ذوات القيــم أو من ذوات الأمثــال •

فــان كان من ذوات القيــم ملك القيمى بــلا خــلاف •

وان كان من ذوات الأمثــال ، فاما أن يتفق جنســه ونوعه وصــفته أو يختــلف •

فان اختلف وتعــذر التمييــز ملــكه ، نحو أن يخــلط الســليط بالســمن أو رطــلا من المسمن يســاوى درهمــا برطــل منــه يســاوى درهمــين ، اذ لا فــرق عنــدنا بــين الاختــلاف فى الجنس ، أو فى الصــفة ، أو فى النــــوع فى انه يكون اســـتهلاكا ، والمتعــدى بالخــلط اذا ملــــكه لزمتـــه الغـــرامة لأربابه ، مثــل المثــلى وقيمــة المتقــوم ، ويلزمه التصــدق بمـــا خشى فســاده قبــل المراضــاة ، ولا يجــوز لــه فيــه التصرف قبلهــا ، ذكر ذلك الكنى •

وقال القــاضى زيــد : انه يجــوز له فيــه كل تصرف قبــل المراضــاة •

واذا كان المخــلوط مثليـــا متفقـــا فى الجنس والصـــفة والنــوع لم يملـــكه الخـــالط ، لــكن اذا تلف قبــل أن يقســمه ضــمن الخالط ذلك المثــلى المتفــق ، وقسمه على الرءوس ، وبيـــين مــدعى الــزيادة والفضــل •

ولمتــولي الوقف[١] تأجــيره مدة معــلومة لكن لا يــكون الا دون ثــلاث ســنين ، لأن خــلاف ذلك يــؤدى الى اشــتباه الوقــف بالملــك •

ولمتــولى الوقف أن يعمــل بالظن فيمــا التبس مصرفه •

قال على : الواجب أن يعمــل بعلمــه فان لم يحصــل له علم نظر فى الثقــات المتصرفين قبــله ، فان كان عملهـــم عن عــلم وجب الرجــوع اليهــم ، وان كان علمهــم عن ظن فتقــديم ظنــه أولى ، وان لم يحصــل لــه ظــن ولا من يرجــع اليــه فعــلى أحـــد قــولى المــؤيد بالله والهــادوية بقســم بين المصـــارف كالــذى التبس بــين قـــوم محصـــورين •

وعلى أحــد قوليه يــكون الجميــع لبيت المــال •

وان كــان اللبس بـــين مصـــــارف منحصرات قســمت الغــلة بينهن بالسوية •

وان كانت غــير منحصرات بل وقــع اللبس مطلقــا ، فان الغــلة تــكون لبيــت المــال ، وكذلك الرقبــة اذا لم يعــلم كونهــا وقفــا ، وان عــرف أنهــا وقف بقيت وقف •

مذهب الاماميــة :

جــاء فى العــروة الوثقى[٢] : أنــه اذا

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٣ ص ٤٩٨ الطبعة السابقة .

(٢) العروة الوثقى للســيد محمــد كاظم الطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٢٦ ، ص ٢٢٧ مسألة رقم ٣٨ الطبعة السابقة .

اشــتبه الموقــوف عليــه بــين شــخصــين أو عنــوانين فالمرجــع القــرعة أو الصــلح القهــرى •

واذا شــك فى وقف أنــه ترتيب أو تشريك فان كان هنــاك اطــلاق وشــك فى تقييــده وعــدمه حــكم بالتشريك ، لاصــالة عــدم التقييــد وان لم يعــلم كيفية اجراء الصيغة فقــد يقــال بالتشريك أيضــا لكــنه مشكل ، بل مقتضى القاعــدة أن يدفــع الى أهــل المرتبــة المتقــدمة المقــدار الذى يــكون لهم على فــرض التشريك ، لأنــه المتيــقن على التقديرين والبقيــة المردودة بين أن يــكون لهم أيضا أو للمرتبــة المتأخرة تقســم بين الجميــع بمقتضى الصــلح القهــرى •

واذا كــان[1] وقف لــم يعــلم مصرفــه من جهــة الجهــل بــه أو نسيانا مــن الأول أو فى الاثنــاء لم يحــكم ببطــلانه بــلا أشــكال ، وحينئذ فبعــد اليأس عن ظــاهر الحــال ان كــان الترديد مــع انحصــار الأطــراف يوزع عليهم ، أو يقــرع بينهــم، وان كــان مــع عــدم الانحصــار فان كان الترديد بــين الجمــاعات غــير المحصورين ، كأن لــم يعلــم أنــه وقف على الفقــراء أو الفقهــاء أو علــى أولاد زيــد أو أولاد عمــرو •

وهــكذا جــرى عليــه حــكم المــال المجهــول مالــكه من التصــدق ونحوه •

(١) المرجع السابق للطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٤٨ ، ص ٢٤٩ مسـألة رقم ٢٩ الطبعة السابقة •

ففى خبــر أبــى علــى بن راشــد اشــتريت أرضــا الى جنب ضــيعتى بألفى درهــم ، فلمــا دفعــت المــال خبــرت ان الأرض وقــف فقــال : لا يجــوز شراء الوقف ، ولا تدخــل الغلة فى ملكك ، ادفعهــا الى من أوقفت عليــه ، قلت : لا أعــرف لها ربــا ، قال : تصــدق بغلتهــا •

وان كــان بــين الجهــات غير المحصورة ، كأن لــم يعــلم أنه وقف علــى المســجد ، أو القنــطرة ، أو نحــو ذلك من الجهــات صرف فى وجــوه البــر غــير الخارج عــن أطــراف الترديد •

وأمــا اذا عــلم المصرف ، لــكن تعــذر صرفه فيــه لانقراضــه ، ففى مثــل الوقف علــى الجمــاعات •

وأما فى الوقف علــى الجهات مثل المسجد والقنطــرة ونحــوهما ، فمقتضى القــاعدة بطــلان الوقف ورجــوعه الى الواقــف أو ورثته ، كمــا فى خــروج العــين الموقــوفة عن الانتفــاع بهــا أو عــدم امكان الصرف عليــه ، لكن المشــهور بقــاء الوقف علــى حاله ، وصرف منافعــه فى وجــوه البــر ، حيث قالــوا : لو وقف علــى مصــلحة فبطل رســمها يصرف فى وجوه البر ، بــل قيــل : لا خلاف فيــه ، الا من المحــكى فى النافع ، حيث أنــه نسبه الى قــول مشــعر بتردده فيــه •

نعــم عن المســالك التفصــيل بين ما اذا كانت المصــلحة الموقــوفة عليها مما يتعرض

غالبا ، كالوقف على مصلحة مثل شجرة التين والعنب فيجرى عليه حكم منقطع الآخر من العود الى الواقف ، أو وارثه ، وبين ما اذا كان مما يدوم غالبا كالوقف على مصلحة عين ماء مخصوص مما تقضى العادة بدوامه فاتفق غوره ، أو قنطرة على نهر كذلك ، فالمتجه ما ذكره المشهور وبين ما يكون مشتبه الحال كالوقف على مسجد فى قرية صغيرة ، ففى حمله على أى الجهتين نظر ، من أصالة البقاء ، ومن الشك فى حصول شرط الانتقال عن مالكه مطلقا وعدمه ، فيؤخذ بالقدر المتيقن من الخروج عن ملكه ، ثم استقرب الأخذ بالأقرب الى تلك المصلحة •

واستدل للمشهور بأن الملك قد خرج عن ملك الواقف فعوده يحتاج الى دليل وليس ، فالأصل بقاؤه على الوقفية وحيث لا يمكن صرفه على ذلك المعين فيصرف فى وجوه البر •

واذا علم [1] أنه وقف داره على أولاده ، ولم يعلم أنه على الذكور فقط ، أو على الأعم منهم ، ومن الاناث ، أو علم أنه أعم ، ولكن لم يعلم أنه تشريك ، أو ترتيب ، فان كان هناك اطلاق ، كأن علم أنه قال : على أولادى ، ولم يعلم أنه قيدهم بالذكور أولا ، أو لم يعلم أنه قيد الاناث بصورة عدم الذكور أولا ، فمقتضى الأصل والاطلاق عدم التخصص بالذكور ، أو عدم التقييد بالترتيب فيحكم بالتسوية بينهما •

وكذا الحال ان شك فى تفضيل الذكور على الاناث وعدمه ، فيقال : الأصل عدم التفضيل •

وأما ان لم يعلم كيفية الوقف ، ولم يكن الاطلاق معلوما ، حتى يقال : الأصل عدم التقييد ، فيرجع الأمر الى أن وقفه على الذكور معلوم ، وعلى الاناث غير معلوم ، لكن القدر المتيقن للذكور هو النصف مثلا ، فيبقى النصف الآخر مرددا بين كونه لهم أيضا أو هو للاناث ، فيحتمل أن يكون المرجع القرعة ، لكن الأولى الصلح القهرى ، فيكون للاناث من منافع الوقف الربع ، وللذكور ثلاثة أرباع ، نظير ما اذا تردد الوقف بين كونه على زيد فقط ، أو عليه وعلى عمرو ، حيث يقال : أن كون النصف لزيد متيقن ، والنصف الآخر مردد بينه وبين عمرو فيحكم بالقرعة أو الصلح القهرى « ودعوى » أن كونه وقفا على الذكور معلوم ، وعلى الاناث مشكوك مدفوع بالأصل « مدفوعة » بأنه لا يثبت بذلك كون تمامه لزيد ، اذ الأصل عدم الوقف على زيد أيضا بالنسبة الى الزائد على النصف •

وبعبارة أخرى اصالة عدم شركة الاناث معارضة بأصالة عدم الاختصاص

(١) العروة الوثقى للسيد كاظم الطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٧٠ ، ص ٢٧٢ مسألة رقم ٦٥ ومسألة رقم ٦٦ الطبعة السابقة .

بالذكـــور ، اذ الشـــك يرجـــع الى كيفيـــة صـــدور العقـــد ، نعم لو كـــان الموقـــوف عليـــه من المصرف للوقف أن لا يكون المـــراد منهـــم العمـــوم ، ولـــم يعـــلم أن المصرف هـــو الفقـــراء فقط أو الأعـــم منهم ومـــن الفقهـــاء ، بحيث لو علـــم كونـــه أعـــم جاز الاقتصـــار على أحـــدهما ، يمكن أن يقـــال : مقتضى أصـــالة عـــدم الوقف على الفقهـــاء كونه بتمـــامه للفقـــراء ، وهـــذا الكلام فى الشـــك بين الترتيب والتشريك اذا لم يـــكن اطلاق مثـــلا اذا علـــم أنه وقف على أولاده الذكـــور والانـــاث ، ولـــكن لم يعـــلم أن الاناث فى عـــرض الذكـــور أو بعـــد فقدهم، فانه مـــع عـــدم تحقق الاطـــلاق ، يقـــال : كون نصـــفه مثـــلا للذكـــور معلوم ، وانما الشـــك فى النصـــف الآخـــر فيحكم بالشركة فيـــه من باب الصـــلح القهـــرى .

وممـــا ذكرنا ظهـــر أنه لا وجـــه لاطلاق ما ذكره المحقق القمى فى أجـــوبة مســـائله من التشريك مطلقـــا ، حيث أنـــه فى جـــواب سؤال ، حاصله : أنه اذا وقف على أولاده ، ولم يعـــلم أنـــه على الذكـــور أو على الاناث لا بعنـــــوان الاطـــلاق ، ولا بعنـــــوان التقييـــد ، ولم تكن الكيفيـــة معـــلومة كيف تقســـم ؟ قال : انـــه يقســـم على الجميـــع بالتســـوية ، ثم قال : وهـــذا من مهمـــات المســـائل ، واضطرب فيه العلمـــاء ، وأنـــا عثرت علـــى حكمـــه ، وكلهم رجعـــوا الى قولى ، فاحفـــظ ذلك ، فانـــه الحـــكم فى كل مورد كـــان الموقوف عليـــه مشـــتبها بـــين جمـــاعة ، والتحقيق ما ذكرنا ، نعـــم لو تردد بـــين كونه وقفـــا على الذكـــور فقـــط ، أو على الاناث فقط ، كـــان الحـــكم ما ذكرناه ان لـــم نقـــل بالقـــرعة .

وفى الأوقـــاف العـــامة وعلى الجهات اذا شـــك فى اعتبـــار قيـــد أو خصـــوصية فى الموقـــوف عليه هو فاقـــد لهما لم يجـــز لـــه التصرف الا بعـــد احـــراز أنـــه من أهله ، وان كان الوقف ينطبـــق عليـــه .

فاذا شـــك فى أن المدرســـة وقف علـــى مطلق المشـــتغلين ، أو على خصـــوص طالبى الفقـــه ، أو على خصـــوص الفقـــراء مـــن المشـــتغلين ، أو علـــى العـــدول منهم ، أو على من لا مســـكن لـــه أو نحـــو ذلك لـــم يجـــز له الســـكنى فيها الا بعـــد العـــــلم بعـــدم الشرط ، أو بكونه واجـــدا له ، ولا مجـــرى لأصـــالة عـــدم الاشـــتراط اذا لم يـــكن اطـــلاق يمكن التمســـك به فى نفـــى التقييـــد .

وكـــذا اذا كـــان هنـــاك كتب موقوفة على المشـــتغلين ، واحتمل اعتبار قيـــد لا ينطبق الوقف معـــه عليـــه وهـــكذا .

واذا ترددت العـــين[1] الموقـــوفة بـــين شـــيئين ، أو ثلاثة ، كأن لم يعـــلم أنـــه وقف داره أو دكانه بعـــد العـــلم بوقـــوع عقـــد صـــحيح جـــامع للشرائط علـــى أحـــدهما ، فالمرجع القرعة أو الصـــلح القهـــرى بنصف كـــل منهمـــا .

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦٨ مسألة رقم ٦ الطبعة السابقة .

مـــذهب الاباضـــــية :

جـــاء فى شرح النيـــل[١] : أن من احتضر ، وقـــال : اجعـــلوا كذا من مـــالى فى ســـبيل اللـــه تعـــالى ولم يبـــين وجـــه الســـبيل وتشـــاكل عليه الحـــال ، فان كان ســـلاحا أو فرســـا أو ممـــا يناسب الجهـــاد كالدرع ، فقـــد اســـتحسن ابن عبـــد العزيز تقـــوى المجـــاهدين أو المرابطـــين به فى رباطهـــم ، وهـــو ملازمة الثغـــر للعـــدو ودون ذلك أن يجعـــل طعـــاما أو لباســـا لهـــم فى حـــال الخـــروج ، أو الاســـتعداد أو الربـــاط وما ينفعـــهم ، ودون هـــذا أن ينفـــق فى وجـــه الأجـــر مطلقـــا ، كالنفقة على طلبـــة العلم كـــل ذلك جـــائز .

وان كان عينـــا أو نعمـــا أو أصلا أو نحو ذلك من العروض ممـــا ليس يناسب الجهـــاد بذاته ففى ســـبيل الله تعـــالى وهو الجهـــاد والربـــاط أو فى حـــج أو عمـــرة أو عتـــق يشـــــترى به عبد فيعتـــق ، أو يكاتب به عبـــد ، أو صلة لرحم الموصى ، أو للمساكين ، أو طلبـــة العـــلم ، أو نحـــوها ، مثـــل أن يشترى ما يكون صـــدقة جارية أو يعـــان به فيه كحفر بئر فى طـــريق المؤمنين ، حيث لا مـــاء ، ففى أى وجـــه من وجوه العبـــادة جعـــل أجزأ .

واذا أوصى لســـفن المســـلمين فاذا عنى الجهـــاد جعـــل فيهـــا اذا خرجوا للجهاد .

وضـــابط ذلك أن يجعـــل فيمـــا يناسب الشىء كالفـــرس والســـلاح للجهاد ، وان لم يناســـب ففى الجهـــاد أو وجـــوه الأجـــر ، والا فـــرق علـــى فقرائهم ، وان لم يـــكن العـــدل وقف حتى يـــكون العـــدل وجعـــل فيهـــا .

وجـــازت الوصـــية للشراة فان لم يكونوا انتظـــر وجودهم ويدفعها للامـــام ، ويعلمه أنهـــا لهـــم .

وقيـــل : ان لم يجـــد فيهـــا حـــدا ولم يوجـــد فيهم أحـــدا أعطيت فقراء المسلمين لأنهـــم من الشراة .

الاشْتِبَاهُ فِى ٱلوَصِيَّة

مـــذهب الحنفيـــة :

جـــاء فى بدائع الصنائع[٢] : أنه يشترط فى الموصى لـــه أن لا يكون مجهـــولا جهـــالة لا يمكن ازالتهـــا ، فان كـــان ، لـــم تجـــز الوصية له ، لأن الجهـــالة التى لا يمـــكن اســـتدراكها تمنـــع من تســـليم الموصى به الى الموصى له ، فلا تفيـــد الوصـــية .

وعلى هـــذا يخـــرج ما اذا أوصى بثـــلث ماله لرجـــل من النـــاس أنـــه لا يصح بلا خـــلاف ، ولو أوصى لأحـــد هـــذين الرجلين صـــح عنـــد صـــاحبى أبى حنيفة رضى الله تعـــالى عنهـــم .

---

(١) شـرح النيل وشـفاء العليـل لمحمـد ابن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٢٨٦ ، ص ٢٨٧ الطبعة السابقة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٠ الطبعة السابقة .

غــير أن أبا يوســف رحمه اللـــه تعــالى يرى أن الوصــية تكون بينهمــا نصــفين .

أما محمــد رحمــه الله تعالى فــيرى أن الخيــار الى الوارث يعطى أيهمــا شــاء ، وذلك لأن الايجــاب وقــع صــحيحا ، لأن أحدهمــا وان كان مجهولا ولكن هــذه جهالة تمكن ازالتهــا ، الا ترى أن الموصى لو عــين أحدهمــا حــال حيــاته لتعــين .

ثم ان محمــدا يقــول : أن الموصى لمــا مــات عجــز عن التعيين بنفســه فيقــوم وارثــه مقــامه فى التعيين .

أما أبو يوسف فيقــول : أنــه لمــا مات الموصى قبــل التعيين شــاعت الوصية لهمــا وليــس أحدهمــا بأولى من الآخــر ، كمن أعتــق أحــد عبديه ، ثم مــات قبل البيان ، فان العتــق يشيع فيهمــا جميعــا ، فيعتق من كــل واحــد منهما نصــفه ، كذا ها هنا ، يكون لــكل واحــد منهما نصــف الوصية .

أما أبو حنيفــة[1] رحمــه الله تعالى فان ذلك لا يصــح عنــده لأن الوصــية تمليك عنــد الموت فاســتدعى كــون الموصى لــه معــلوما عند المــوت ، بينمــا الموصى لــه هنــا عند المــوت مجهــول ، فلــم تصــح الوصــية من الأصــل ، لمــا لو أوصى لواحد من النــاس فلا يمكن القــول بالشــيوع ، ولا يقــام الوارث مقــام الموصى فى البيان ، لأن ذلك حــكم الايجــاب الصحيح ، ولــم يصــح ، الا أن الموصى لو بــين الوصــية فى أحدهمــا حــال حيــاته صــحت ، لأن البيان انشــاء الوصــية لأحــدهما ، فكان وصــية مســتأنفة لأحدهمــا عينــا ، وأنها صحيحــة .

ولو كان لــه عبــدان فأوصى بأرفعهمــا لرجل وبأخســهما لآخر ثم مــات الموصى ثم مــات أحــد العبدين ، ولا يــدرى أيهما هو فالوصــية بطلت فى قــول أبى حنيفة وزفر رحمهمــا الله تعــالى ، ســواء اجتمعا على أخــذ البــاقى ، أو لــم يجتمعــا .

وقــال أبو يوسف رحمــه الله تعــالى : ان اجتمعــا علــى أخــذ الباقى فهو بينهما نصــفان ، وان لم يجتمعــا علــى أخــذه فــلا شىء لهمــا .

وروى عن أبى يوسف رحمــه الله تعــالى أنه بينهمــا نصــفان ســواء اجتمعــا أو لم يجتمعــا .

وعلــى هــذا يخــرج الوصــية لقــوم لا يحصــون أنهــــا باطلة اذا لم يكن فى اللفظ ما ينبىء عن الحــاجة ، وان كــان فيه ما ينبىء عن الحــاجة فالوصــية جــائزة ، لأنهــم اذا كانوا لا يحصــون ، ولم يذكــر فى اللــفظ ما يــدل علــى الحــاجة وقعت الوصــية تمليكا منهم ، وهم مجهــولون ، والتمليــك من المجهــول جهــالة لا يمــكن ازالتهــا لا يصــح .

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٢ الطبعة السابقة .

ثم اختلف فى تفســير الاحصــاء •

قال أبو يوسف : أن كانــوا لا يحصــون الا بكتــاب أو حســاب فهم لا يحصــون •

وقال محمــد : ان كانــوا أكثر من مائـــة فهــم لا يحصــون •

وان كــان فى اللفــظ[1] ما يــدل علــى الحــاجة كــان وصــيته بالصــدقة وهــى اخــراج المــال الى الله ســبحانه وتعــالى لواحــد معلــوم ، فصــحت الوصــية •

ثم اذا صــحت الوصــية فالأفضــل أن يعطى الثلث لمن يقــرب اليه منهــم •

فان جعــله فى واحــد فما زاد جــاز عند أبى حنيفــة وأبى يوسف •

وعنــد محمــد لا يجــوز الا أن يعطى اثنــين منهــم فصــاعدا •

ولا يجــوز أن يعطى واحــدا الا نصــف الوصــــية •

وبيــان هــذه الجملة فى مســائل •

اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصــح لأن المســلمين لا يحصــون ، وليس فى لفظ المســلمين مــا ينبىء عن الحاجــة فوقعت الوصــية تمليكا من مجهــول ، فلم تصــح •

ولو أوصى لفقــراء المســلمين أو المساكين صــــحت الوصــية ، لأنهـــم ان كــانوا لا يحصــون ، لــكن عنــدهم اسم الفقير والمســكين ينبــىء عن الحــاجة ، فــكانت الوصــية لهم تقربا الى الله تبــارك وتعالى طلبــا لمرضــاته لا لمرضاة الفقــير •

وروى بشر عــن أبى يوســف[2] رحمــه اللــه تعــالى فى رجــل أوصى بثلث مــاله لرجــل مســمى ، وأخبــر الموصى أن ثلث ماله ألف ، أو قــال هو هــذا ، فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أبا حنيفــة رحمــه الله تعــالى قال : ان له الثلث من جميــع ماله ، والتســمية التى ســمى باطــلة لا ينقــض الوصــية خطــؤه فى مــاله انمــا غلــط فى الحســاب ، ولا يكون رجــوعا فى الوصــية وهــذا قول أبى يوســف ، لأنــه لمــا أوصى بثلث ماله فقــد أتى بوصــية صحيحة ، لأن صــحة الوصــية لا تقف على بيــان مقدار الموصى بــه ، فوقعت الوصــية صــحيحة بدونه ، ثم بين المقــدار وغلط فيه ، والغــلط فى قــدر الموصى بــه لا يقــدح فى أصــل الوصــية ، فبقيت الوصــية متعلقــة بثلث جميــع المــال ، ولأنه يحتمل أن يكون هــذا رجوعا عن الزيــادة على القــدر المذكور ، ويحتمــل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصــية ، فلا تبطــل مع الشــك ، علــى الأصــل المعهــود ، أن الثابت بيقين لا يزول بالشــك •

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٣ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للكاسانى ج ٧ ص ٣٨١ الطبعة السابقة .

مــذهب المالــكية :

جــاء فى التــاج والأكليل[١] : ان من قال فى وصــيته ثلث مالى لفلان وللمســاكين ، أو قــال فى الســبيل والفقــراء واليتــامى قســم بينهــم بالاجتهــاد ، لا أثــلاثا ، ولا أنصـــافا .

قــال ابن الحــاجب : ان أوصى بثلثـــه لزيــد والفقــراء ، أعطــى زيــدا بالاجتهاد فان مــات قبــل القسم فلا شيء لورثتــه ويكون جميــع الثلث للمســاكين وقال أيضا أن كان فى الوصــية مجهــول كوقود مصباح علــى الدوام ، أو تفــرقة خبــز ونحــوه ضرب له بالثلث ووقفــت حصــته .

ونقـــل عن المــدونة[٢] أنـــه ان كانت الوصــية لقــوم مجهولين لا يعــرف عددهم لكثرتــهم ، كقــوله على بنى تميــم ، أو المســاكين ، فانما يكون ذلك لمن حضر القسمة منهـــم .

ومن أوصى بعتــق[٣] نســمة تشــترى ، ولم يســم ثمنــا أخرجت بالاجتهــاد بقدر قلة المــال وكثرته ، وكــذا ان قــال عــن ظهـــار .

(١) التــاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٣٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٣٧٤ الطبعة السابقة .

(٣) التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٣٧٦ الطبعة السابقة .

مــذهب الشــافعية :

جــاء فى المهــذب[٤] : ان الوارث ان أجاز ما زاد علــى الثلث ثم قــال أجزت لأنــى ظننت أن المــال قليــل ،وان ثلثه قليــل . وقــد بان أنه كثــير ، لزمت الأجازة فيمــا عــلم ، والقــول قوله فيمــا لم يعـــلم مع يمينــه ، فاذا حــلف لم يلزمه ، لأن الاجازة فى أحــد القــولين هبـــة ، وفى الثــانى اســقاط ، والجميــع لا يصــح مــع الجهل بـــه .

وان أوصى بعبــد فأجازه الوارث ، ثــم قــال أجــزت ، لأنى ظننت أن المــال كثــير وقد بان أنــه قليــل ففيــه قولان .

أحــدهما أن القــول كالمســألة قبلهــا .

والثــانى أنه يلزمه الوصــية ، لأنه عرف ما أجــازه .

ويخــالف المســألة قبلهــا فان هنــاك لم يعـــلم ما أجــازه .

وان أوصى[٥] له بثمرة بســتانه فان كانت موجــودة اعتبرت قيمتهــا من الثلث ، وان لم تخــلق ، فان كانت على التأبيـــد ففى التقويم وجهـــان .

(٤) من كتاب المهذب للفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٤٥٠ ، ص ٤٥١ الطبعة السابقة .

(٥) المرجع السابق للشيرازى ج ١ ص ٤٥٥ الطبعة السابقة .

أحدهما يقوم جميع البستان .

والثاني يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فان احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقى من البستان ، وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث ، يشاركه فيه الورثة فان كان الذى يحتمله النصف ، كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف ، وللورثة النصف .

وان أوصى بطعام[1] معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعا ، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه .

فان وصى بقفيز من صبرة ، ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا ، لأن الوصية مختلطة بمثلها ، والذى خلطه به مثله فلم يكن رجوعا ، فان خلطه بأجود منه كان رجوعا ، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها .

فان خلطه بما دونه ففيه وجهان .

أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ليس برجوع ، لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعا ، كما لو أتلف بعضه .

والثانى أنه رجوع ، لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه .

فان نقله الى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان .

أحدهما أنه رجوع ، لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه .

والثانى أنه ليس برجوع لأنه باق على صفته .

وجاء فى نهاية المحتاج[2] : أنه اذا اجتمع تبرعات متعلقة بالموت ، وعجز الثلث عنها ، فان تمحض العتق ، كأعتقتكم أو أنتم أحرار ، أو سالم وغانم وخالد أحرار بعد موتى ، أو سالم حر بعد موتى ، وغانم كذلك ، أو دبر عبدا ، أو أوصى باعتاق آخر أقرع ، سواء أوقع ذلك معا أم مرتبا ، فمن أقرع عتق منه ما يفى بالثلث به لأن مقصود العتق التخلص من الرق ، ولا يحصل مع التشقيص أو تمحض غيره قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، أو المقدار ، لعدم المرجح مع اتحاد وقت الاستحقاق .

فلو أوصى لزيد بمائة ، ولبكر بخمسين ، ولعمرو بخمسين ، ولم يرتب ، وثلثه

(١) من كتاب المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

(٢) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى وبهامشه المغربى ج ٦ ص ٥٦ ، ص ٥٧ طبع شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

مائة • اعطى الأول خمســـين ، وكل من الأخيرين خمســة وعشرين •

أو اجتمــع هو أى العتــق وغــيره ، كأن أوصى بعتــق ســالم ولزيــد أو الفقــراء بمــائة ، أو عــين مثليــة أو متقومة قســط الثلث عليهمــا بالقيمــة أو مــع المقــدار ، لاتحــاد وقت الاستحقاق ، نعم لو تعــدد العتــق أقــرع فيما يخصــه ، أو دبر قنــه وهو بمــائة ، وأوصى له بمــائة وثلث مــاله مائة قدم عتقــه ، ولا شىء له بالوصية •

وفى قــول يقــدم العتق لقــوته •

أما لو اعتبــر الموصى وقوعهــا مرتبــة كأعتقــوا ســالما ، ثم غانمــا ، أو فغانمــا وأعطــوا زيــدا مائــة ، ثم عمــرا مائــة ، وكأعتقــوا ســالما ، ثم أعطــوا زيــدا مائة فلابد من تقــديم ما قدمه ، أو اجتمــع تبرعات منجــزة مرتبة بالفعــل ، كأن أعتق ، ثم تصــدق ، ثم وقف ، ثم وهب وأقبــض ، وكقــوله ســالم حر وغانم حر لا حــران قــدم الأول فالأول ، حتى يتم الثلث لقوته لســبقه ، وما زاد يتوقف على الاجازة ، ولو تأخر القبض عن الهبة ، اعتبر وقتــه ، لأن الملك متوقف عليــه ، نعــم المحاباة فى نحــو بيــع غــير مفتقرة لقبــض ، لأنهــا تابعــة فان وجدت دفعــة بضــم الدال ، واتحــد الجنــس كعتــق عبيــد أو ابــراء جمــع كأعتقتكم أو أبرأتكم أقــرع فى العتق ، لخبر مســلم ، ان رجلا أعتــق ستة لا يملك غيرهم عنــد موتــه ، فدعاهم رســول الله صــلى اللــه عليــه وســلم ، فجــزأهم أثــلاثا ، وأقرع بينهــم ، فأعتــق اثنين ، وأرق أربعة وقســط فى غــيره باعتبار القيمة أو المقدار •

وفيمــا اذا كان فيهــا حج تطوع يعتبر أجــرة المثــل ، لأنهــا قيمــة المنفعـــة ، ولا يقــوم على غــيره فيمــا يظهــر •

ولو أعتقهمــا وشــك فى الترتيب والمعيــة عتــق من كل نصــفه ، وكالشك ما لو عــلم ترتيب دون عــين الســابق ، أو نســيت ، أى ولــو لــم يرج بيــانها وان اختــلف الجنس •

وصــورة وقوعهــا معــا حينئذ أما بأن قيــل له أعتقت وأبرأت ووقفت ، فيقــول نعــم ، أو بأن تصرف وكــلاء لــه فيها ، بأن وكــل وكيــلا فى هبــة وقبض ، وآخــر فى صــدقة ، وآخــر فى ابراء وتصرفوا معــا فان لم يــكن فيهــا عتــق قســط الثــلث عليهــا ، وان كــان فيهــا عتـــق قســط الثلث ، وأقــرع فيما يخــص العتــق •

وفى قــول يقــدم العتق •

ولــو اجتمــع منجــزة ومعلقة بالمــوت قدمت المنجــزة للزومهــا •

ولــو كان له عبــدان فقــط أى لا ثالث لــه غــيرهما ، ولا يخــرج مــن الثـــلث الا أحدهمــا ســالم وغــانم وهــو يخــرج من ثلثــه وحــده ، فقــال : ان أعتقت غانما فســالم حــر سواء أقال فى حــال اعتــاقى غانمــا أم لا ثم أعتــق غانمــا فى مرض موته عتق غانم ، ولا أقراع ، لاحتمال أن تخرج

القرعة بالحرية لسالم ، فيلزم ارقاق غانم فيفوت شرط عتق سالم .

ولو أوصى بعين حاضرة هى ثلث ماله وباقيه دين أو غائب وليس تحت يد الوارث ، لم تدفع كلها اليه فى الحال ، لاحتمال تلف الغائب ، فلا يحصل للورثة ما حصل له .

مذهب الحنابلة :

قال الخرقى : اذا أوصى لشخص بمثل[1] نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيبا ، كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، وهم ابن وأربع زوجات ، فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما ، للزوجات الثمن ، وهو أربعة ، وما بقى فللابن ، فزد فى سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما ، للموصى له سهم ، ولكل امرأة سهم ، وما بقى فللابن .

وجملة ذلك : انه اذا أوصى شخص بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى .

فان كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحدهم مزادا على الفريضة ، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم .

وان كانوا يتفاضلون كمسألة الخرقى فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم .

وان أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة ، وهذا قول الجمهور ، لأنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال ، فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية والعبارة تقتضى التسوية ، وانما جعل له مثل أقلهم نصيبا ، لانه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه ، فلا يثبت مع الشك

ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا ، كان كما لو أطلق ، وكان ذلك تأكيدا .

وان قال أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثا فله ذلك مضافا الى المسألة فيكون له فى مسألة الخرقى ثمانية وعشرون تضم الى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما .

وان أوصى[2] بشىء معين ، ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه ، كان رجوعا ، لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه .

فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لأنه يمكن تسليمه .

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهامشه الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٨٧ الطبعة السابقة .

وان وصى بقفيز قمــح من صــبرة ، ثــم خلطهــا بغــيرها ، لم يكن رجوعا ، ســواء خلطهــا بمثلها ، أو بخــير منهــا ، أو دونها ، لأنــه كان مشــاعا ، وبقى مشــاعا .

وقيــل : ان خلطــه بخــير منــه كــان رجوعا ، لأنــه لا يمكن تسـليم الموصى به الا بتســليم خــير منــه ، فصــار متعــذر التســليم ، بخــلاف ما اذا خلطــه بمثــله أو دونــه .

وجــاء فى قــواعد ابن رجب[1] : أنــه اذا وصى لجــاره محمــد ، وله جاران بهذا الاســم ، فهــل تبطــل الوصــية ، أو تصح ويميــز أحــدهما بالقرعــة ؟ وكذا من وهب أحد أولاده وتعــذر الوقوف على عينــه أو وقف عليــه واشــتبه فيهم أقــرع بينهم .

مــذهب الظــاهرية :

مــن أوصى بعتــق[2] رقيق له لا يملك غــيرهم ، أو كانوا أكثر من ثلاثة لم ينفــذ من ذلك شىء الا بالقــرعة ، فمن خرج سهمه صــح فيه العتق ، ســواء مات العبــد بعد الموصى ، وقبل القــرعة ، أو عاش الى حــين القرعــة .

ومن خــرج ســهمه كان باقيا على الرق ســواء مات قبــل القرعــة أو عاش اليها .

فان شرع الســهم فى بعض مملوك عتــق منــه ما حمــل الثلث بلا استســعاء ، وعتق باقيــه واستســعى للورثة فى قيمــة ما بقى منــه بعــد الثلث .

فلو سماهم بأســمائهم بدىء بالذى سمى أولا فأولا ، فاذا تم الثلث رق الباقــون ، فلو شرع العتــق فى بعــض مملوك أعتــق كلــه واستسعى للورثة فيمــا زاد منــه على الثلث ، فلو أعتــق جــزءا مسمى من كــل مملوك منهــم باســمه أعتــق ذلك الجــزء ان كــان الثلث فأقــل ، وأعتــق باقيهم ، واستسعوا فيما زاد على الثلــث ، أو فيمــا زاد على ما أوصى به ممــا هــو دون الثلث .

فان أعتــق من كل واحــد منهــم باسمه أو جملة أكثر من الثلث ، أقــرع بينهم ان أجملهم ، فاذا تم الثلث رق الباقــون ، الا أن يشرع العتــق فى واحــد منهم ، فيعتــق ، ويستسعى فيما زاد علــى الثلث ، ويبــدأ بالأول فالأول ان ســماهم بأسمائهم ، فاذا تم الثلث رق البــاقون ، الا من شرع فيــه العتــق ، فانه يستسعى فيمــا زاد منه على الثلــث .

برهــان صــحة قولنــا أنــه اذا أعتــق فى وصــيته الثلث من كل واحــد منهم فأقل، فانه لم يتعــد ما أمره الله تعــالى ، اذ له أن يوصى بالثلث فينفــذ قوله .

وقــد صح عن النبى صــلى الله عليــه وســلم ما أوردناه فى كتــاب العتــق مــن ديواننــا هــذا باســناده فيمن أعتــق شركا

(1) من كتاب القواعد لابن رجب الحنبلى ج ١ ص ٣٥١ الطبعة السابقة .
(2) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٤٢ و ص ٣٤٣ ، ص ٣٤٤ المســألة رقم ١٧٦٧ الطبعة السابقة .

له فى مملوك ، فانـــه حـــر كله ، ويستسعى فى حصة شريكه ، والورثـــة ههنـــا الشركاء للموصى فقـــد عتـــق المماليك كلهم بحـــكم الله تعـــالى على لســـان رســـوله صـــلى اللـــه عليه وســـلم ، ويستسعون فى حصـــة الورثـــــة .

وأمـــا اذا أعتـــق فى وصـــيته جميعهـــم وســـماهم بأســـمائهم أو أعتق فى وصـــيته أكثر من ثلث كل واحـــد منهم ، وســـماهم بأســـمائهم ، فباليقين يـــدرى كل مســـلم ان أول من ســـمى منهم فانه لم يجـــر فى ذلك ولا خالف الحـــق ، بل أوصى كمـــا أبيـــح لـــه فهى وصـــية بر وتقـــوى ، وهكذا حتى يتم الثلث فوجب تنفيـــذ وصـــيته لصحتها ، وان يستسعى المعتقون فى حصـــص الورثة الذيـــن هـــم شركاء الموصى حـــين وجـــوب الوصـــية ولم يعتقـــوا حصصهم ، وكـــان الموصى فى وصـــيته فيمـــا زاد عـــلى ثلثـــه مبطـــلا عاصـــيا مخالفا للحـــق ان كان عالما أو مخطئـــا مخالفـــا للحـــق فقـــط معفـــوا عنه ان كان غـــير عالم والباطـــل عدوان فقط أو أثم وعدوان ســـاقط لا يحـــل انفـــاذه ، قال اللـــه تعـــالى : « وتعاونوا على البـــر والتقـــوى ولا تعـــاونوا علـــى الاثـــم والعـــدوان[1] » فوجب ابطـــال مازاد على الثلـــث كمـــا ذكرنا .

وأما اذا أجمـــل فى وصـــيته عتقهم ، أو أجمـــل عتـــق ما زاد على الثلث من كـــل واحـــد منهـــم فى وصـــيته ، فبالضرورة والمشـــاهدة يدرى كـــل مســـلم أنه خلـــط الوصـــية بعتـــق من لا يجـــوز له أن يوصى بعتقـــه مـــع الوصـــية بعتق من لا يحـــل له أن يوصى بعتقـــه ، ولا يدرى غـــير اللـــه تعـــالى أيهم المستحق للعتـــق ، وأيهم لا ، فصـــاروا جملة فيهـــا حق اللـــه تعـــالى فى أحرار ، أو فى حـــر لا يعرف بعينـــه ، وفيها حـــق للورثة فى رقيـــق لا يعـــرف بعينـــه ، فـــلابد من القســـمة ليميـــز حـــق الله تعـــالى من حـــق الورثة ، كمـــا أمر اللـــه عـــز وجـــل أن يعطى كل ذى حـــق حقـــه ، ولا ســـبيل الى تمييز الحقـــوق والانصـــباء فى القســـمة الا بالقرعة ، فوجب الاقـــراع بينهم ، فأيهم خـــرج عليه ســـهم العتـــق ، علمنـــا أنـــه الذى اســـتحق العتـــق بموت الموصى ، وأنه هو حق اللـــه تعـــالى من تلك الجملـــة ، مات قبـــل القرعة ، أو لم يمت ، وأيهم خـــرج عليه ســـهم الرق علمنـــا أنه لم يوص فيـــه الموصى وصية جائزة ، وأنه هو حق الورثـــة من تلك الجملـــة قد ملكوه بموت الموصى ، مات قبـــل القرعـــة أو لـــم يمـــت .

فان شرع العتـــــق فى ممـــلوك أعتـــــق واستسعى فيمـــا زاد منـــه على ما عتـــق بالقـــرعة ، لأن الورثة شركاء الموصى فيـــه .

وهـــكذا كل ما أوصى فيه بالثلث فأقل من حيـــوان أو عقـــار أو متاع ، ولابد من تمييز حـــق الوصـــية من الورثة ، ولا يكون ذلك الا بتعـــديل القيمـــة والقرعة .

وقد جـــاء أيضـــا فى هـــذا أثر صـــحيح

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة المـــائدة .

يؤكد ما قلنا ولو لم يأت لكان الحكم ما وصفنا لما ذكرنا من وجوب تمييز حق الوصية من حق الورثة .

روينا من طريق مسلم حدثنا اسحاق ابن ابراهيم – هو ابن راهويه – وابن أبى عمر كلاهما عن الثقفى – هو عبد الوهاب ابن عبد المجيد – عن أيوب السختيانى عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمران بن الحصين : ان رجلا أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين له لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبى صلى الله عليه وسلم فجزأهم اثلاثا ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[1] : أنه اذا أوصى لشخص أن يقرأ على قبره بشىء من ماله ، ثم التبس موضع قبره .

فان عرف قصده عمل به .

وان لم يعرف فالأقرب أن يقرأ فى أى موضع على قول البعض .

ويبطل على قول البعض الآخر .

وهكذا ان حصل عذر من مطر أو نحوه .

---

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار وهامشه ج ٢ ص ١٨٧ الطبعة السابقة .

وجاء فى البحر الزخار[2] : أنه لو أوصى بطعام متميز ثم خلطه بغيره كان رجوعا ، اذ لا يمكنه تسليم ما عينه .

فان أوصى بصاع من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن رجوعا ، لاختلاطه من قبل .

وان خلطها بأفضل منها كان رجوعا ، اذ أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها الغير .

مذهب الامامية :

جاء فى الخلاف[3] ا انه اذا أوصى لرجل بكل ماله ، ولآخر بثلث ماله ، فان بدأ بصاحب الكل ، وأجازت الورثة ، أخذ الكل ، وسقط الآخر ، وان بدأ بصاحب الثلث وأجازت الورثة ، أخذ الثلث والباقى وهو الثلثان ، لصاحب الكل .

فان اشتبها استعمل القرعة على هذا الوجه .

فان لم تجز الورثة وبدأ بصاحب الكل، أخذ الثلث ، وسقط الآخر .

---

(٢) من كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن يحيى المرتضى ج ٥ ص ٣٢٠. ص ٣٢١ الطبعة السابقة .

(٣) من كتاب الخلاف فى الفقه الاسلامى الجعفرى للطوسى ج ٢ ص ٩٢ الطبعة السابقة

وان بـدأ بصـاحب الثلث أخـذ الثلث وسـقط صـاحب الـكل ، فـان اشتبهـا اسـتخرج بالقـرعة •

وجـاء فى الروضـــة البهيـة[١] : أنـه لو فعـل الموصى ما يبطـل الاسـم ويـدل على الرجـوع مثـل خلطه بالأجـود بحيث لا يتميز فان ذلك يعتبر رجوعا فى الوصـية وانمـا قيـده بالأجـود ، لافـادته الزيادة فى الموصى به ، بخـلاف المسـاوى والأردأ •

وفى الدروس لم يفـرق بين خلطه بالأجود وغـيره ، وفى كونه رجـوعا •

وفى التحـرير لم يفـرق كذلك فى عدمه •

والأنسـب عـدم الفـرق •

وتوقف كونـه رجـوعا علـى القـرائن الخـارجية •

فان لم يحـكم بكونه رجوعا يكون مـع خلطـه بالأجـود شريكا بنسـبة القيمتين •

مـذهب الاباضـية :

جـاء فى شرح النيـل[٢] : أنه ان أوصى شـخص بكذا وكذا لهـا ، مثـل أن يوصى لهـا بمائة دينـار ، فجعل لكل صـنف منها عددا معلوما ، مثـل أن يجعـل للكفـارات ثلاثين ، وللعتـق أربعين ، وللزكاة عشرين ، ولزيـد عشرة ، وذلك مائـة ، ثـم مـات فتشـاكل ما أوصى به من المـال لهـا أمائة أو أقـل أو أكثر أو ما لـكل وصية ، هـل للكفارات ثلاثون ، أو أقل ، أو أكثر ، وكـذا الزكـاة وزيد ، أو عـدد وصاياه ، هـل أوصى بكفـارة ، أو كفـارتين ، أو ثـلاث كفـارات ، أو أكثر ، ولم يوص بـكفارة ، ولم يوص بالزكاة ، أو لم يوص لزيـد ، أو هـل أوصى بزكـاة وكفارة وانتصـال ، وغـير ذلك ، أو بكـذا وكذا من ذلك فقـط •

فان كـان التشـاكل بتضـييع وارث أو خليفـة ، بأن أهمـل ما كتبت فيـه الوصية، أو أتلفـه ، أو أهمـل تقيـد الشـهادة ، وقد وجـد من يشـهد حتى نسى الشـهود ، أو ماتوا وقـد حفظ عن الميت فضـيع حتى نسى أو ما أشـبه ذلك ، ضـمن المضـيع انفـاذها كمـا أوصى به الموصى •

فان ضيعا جميعا ضمنا بحسب ما ضـيع كـل منهمـا •

وان لم يضـيع أحدهما ، ضـمن الذى ضـيع •

وان لم يـكن الا الوارث أو الا الخليفـة فضيع ضمن وان لم يكن تضييع فلا ضـير على الوارث ولا الخليفـة من ضـمان والا أثم ، ويـوقف حتى يتضـح الأمـر ما دون الثلث ان كان ذلك يخـرج منـه ، والمراد الثلث وما دونه ، فان كـان لا يكفى الا الثلث وقف الثلث ، وان كـان يكفـى ما دونه وقف قدر ما يكفى وقسـموا ما بقى وان كانت كلهـا تخـرج من الـكل ، أو كان

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٥٨ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشـفاء العليل لمحمد ابن يوسف بن أطفيش ج ٦ من ص ٤٦٥ الى ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .

فيهـا خـارج من الـكل ، وخـارج من الثلث ، وقف المـال كلـه ، حتى يتضـح الأمـر ، لقـول اللـه تعـالى « ولا تقف ما ليس لك به عـلم[١] » •

وقيـل ان جهـل المـال المجعـول لا نفاذ الوصايا أو عـدد الوصـايا ، اجتهد الوارث والخليفة ، وانفذا على قـدر اجتهادهمـا ، لضرورة عدم رجـاء البيـان مـع تحقق أصـل ما جهل ، فيجـرى على الظن حوطة ، مثـل ألا يعلمـا ألا الميت يحلف كثيرا ،فلعله يحنث فينفذون كفـارة مرسلة ، أو كفارتين فصـاعدا ، وكفارة مغلظـة فصـاعدا ، أو يحلف بالعتـق فيعتقـون عنه ، أو علمـوا بحلفـه ولو مـرة ، ولم يعلمـوا ببره فى يمينه فيكفرون المرسـلة أو المغلظـة بحسب يمينـه ، أو يعـرفونه يجـامع فى الحيض ونحـوه ، فينفـذون عنه دينارا لفـراش أويعرفونه يأكل أموال الناس ، فان علمـوهم أعطـوهم ، والا تصـدقوا عنهم للفقـراء ، أو يعرفـونه يمنـع الزكـاة ، فينفذون فى الزكـاة ، أو أقر لهم بموجـب زكاة ، أو كفـارة أو غـيرهما ، ولم يقـل أنى قـد تخلصـت منـه فينفذونه ، أو يعرفـونه يأكل حـق الجـار ، أو لا يصل أرحـامه فيعطونهم •

ويعطـون الأقـرب فالأقـرب ان تـرك مالا كثـيرا أو قليـلا كمـا ذكر فى وصـية الأقـرب •

أو يعرفـونه يقبـل الكبائر فيكثرون لـه الـكفارات أو يعرفـون بوجـوب الحـج والعمـرة عليه فينفذونهما وهكذا •

وأموال النـاس مقـدمة ، ثـم الزكـاة والحج والعمـرة ، ثم الكفارات •

وينفذون عنـه ما يوصى به أهـل تلـك البلـدة غالبـا •

وقيل : ان علمـوا جمـلة المـال المجعول للوصـية لا عـددها ، أى عـدد الوصـية ولا تعيينهـا ، فكذلك يجتهدان وينفذان وان عـلم بالبناء للمفعول — عـددها لا جملتـه وفنونهـا ، وذلك أن يعـلموا أنه أوصى لشـيئين ، أو ثلاثة أو أكثـر ، لكن لا يدرى هل ذلك الشـيئان الـكفارة والـزكاة أو الكفارة والأقـرب ، أو الزكاة والحج ، أو زيد وعمرو ، أو نحـو ذلك ، أو لا يدرى تلـك الأشـياء هى جميـع ما ذكرنا ، أو ثلاثـة منـه أو أكثر أو نحـو ذلك كلـه وغـيره كالمسـجد والانتصـال ، أو نحـو ذلـك اجتهـدا أيضـا ، وأنفـذ ما هـو الثـلث أى الثلث وأقـل ، وهـكذا جـرت عادتهم أن يقـولوا رحمهـم اللـه تعـالى ما دون الثلث ، ومرادهم الثلـث وأقـل •

وان لم يـكن الا الوارث أو الا الخليفـة وقف أو اجتهـد كذلك على تلـك الأقـوال •

وأعلـم أن تلك الأقـوال كلهـا انمـا تثبت أن بلـغ الورثة وعقلوا وحضروا ، وان كانـوا كلهم مجـانين ، أو أطفالا ، أو غيابا ، أو بعضـهم طفـلا وبعض مجنونا وبعـض

---

(١) الآية رقم ٣٦ من سورة الاسراء .

غائبـا ، أو كانـوا من نوعين فقط من جنون وطفولية وغيبـة وقف الخليفـة ذلك •

وان كـان فيهم طفـل ، أو مجنون ، أو غائب ، أو نوعـان من ذلك ، أنفـذ البـالغ الحـاضر منـابه منـه أى من الثلث بحسب اجتهـاده فيما ينـوبه يجتهـد فى الحساب على الـكل ، ولا يعطى الا على نفسه ، ويترك منـاب الطفـل والمجنـون والغائب حتـى تـزول الطفولية والجنـون والغيبة ، فيوقف أيضـا أو يجتهـد ذلك الذى زالت عنـه حـاله وحـده فى منـابه ، أو مـع الخليفة أو مع الوارث الآخـر ، أو يترك الخليفـة منـاب الكل ان كان الكل أطفـالا أو مجانين أو غيـابا الى البلوغ أو الافاقـة أو القدوم •

وان علـم ما لـكل وصـية ، مثـل أن يعلم أن للكفارة كذا ، وللزكاة كذا وللانتصال كذا وهكذا ، ثم نسيت الوصية ، فلم يدروا هل أوصى بالكفارة،أو بكذا ، أو بكذا،لا التعيين، بأن علمـوا أن نوعـا أوصى لـه بـكذا ، ونوعا أوصى لـه بـكذا ، ولا يدرون ما لذلك النـوع الـذى لـه كـذا ، أخـذ الورثـة والخليفـة عدد ما أوصى بـه من المـال ان وسـعه الثلث ، والا أخـذوا الثلث ، وان كانت من الكل أخـذوا مقدارها ، وينتظرون فى ذلك بيـان ما جهـل •

وقيـل : لا ينتظـرون ، بل ينفـذون باجتهـاد •

وكـذا ان بان لهم ما أوصى بـه من المـال فى الوجـوه المذكورة التى هـى أن يتبـين عـدد الوصـايا لا فنونهـا ، أو يتبـين ما لـكل وصـية لا تعيينها ، أو تتبين فنونها لا عددها أو عددها وفنونهـا ، لا تعيينها أخذه الورثة وعزلوه للخليفـة وتبروا من ذلك ، ويكون فى يـده حتى يتضح أمرها ، ولا ضمان عليه أن تلف بلا تضييـع منه أولا ولا آخـرا أو يـدرك ذلك المذكـور من عـزل المـال ، وكونه فى يده أيضـا عليهم ان بان جمـلة المـال الـذى للوصـايا وان لـم تتضـح الوصـايا ولا عـددها ولا فنونها ولم تتعين ويكون بيـده حتى ينفـذه ، كمـا أوصى به ببيـان أو يفعـل فيـه ما ذكـر أولا مـن الاجتهـاد والانفـاذ على حسـب الأقوال المذكـورة ان لم يضـيع حتى أشـكل شىء بتضـييعه ورخـص له ، ولو ضـيع حتـى أشكل ان تاب أن يعمل فيهـا ما يعمـله ان لم يضـيع من الاجتهـاد والانفاذ ، وكذا الورثة ان لم يـكن الخليفـة أو كـان ، فقيـل : ان ضـيعوا لم يجـز لهم الاجتهاد والانفـاذ وحـدهم ولا مـع الخليفـة •

وقيـل : ان تابوا جـاز لـهم •

وان لم يعـلم جملـة المـال أى جمـلة مال الوصـية الذى جعـل لانفاذها أو المقدار الذى ينوبهـا ولا يفرز شىء من الوصـايا ، فلا يدرك الخليفـة عليهم شيئا فى الحـكم •

وكـذا لو فرز شىء من الوصية ولا تدرى كميته ، مثـل أن يعـلم أنـه أوصى بالزكاة ، ولا يعـلم كم هى ، ولا بـكم أوصى لهـا ، أو لم يوص بهـا •

ومثـل أن يعـلم أنـه أوصى

بكفـــارة ولا يدرونهـــا خفيفـــة ولا مغلظـــة ولا يدرون بـــكم أوصى لهـــا ، أو لم يوص لهـــــا .

وقيـــل : ينفذون مرســـلة ولو تبـــين لهم جملـــة مـــال الوصـــية أو مـــال بعضـــها بتعيين الموصى ، أو بالتقـــدير لجعـــل فى يـــد الخليفـــة ، حتى يتبين ما أشـــكل أو يجتهـــد، ويعقـــل المـــال كـــله اذا لم تعـــلم جمـــلة ما للوصـــية أو علمت ولم يتبـــين عـــــدد الوصايا أو فنها أو تعيينها ان جعـــله الموصى بيـــده جعـــله فى يـــده بالايصـــال فى يـــده للانفـــاذ ، حتـــى تخـــرج منـــه الوصـــية ببيانها أو باجتهـــاد ، ولا ينتفـــع به الخليفة ، ولا الوارث حتى تخـــرج .

وان لم يجعـــله الموصى بيـــده انتفـــع به الورثة بأن يقســـــموا ذاته أو منـــــافعه ، وضـــــمنوا الوصـــــية بأن يجتهـــــــدوا فينفـــذوا اذا أيســـوا من البيـــــان ، أو بأن تتبين فينفـــذوها ، وان لم يبين لهم فى الوجـــوه شىء ، أو تبين لهم مالا يصـــلون به الى الانفـــــاذ كعـــــدد الوصـــايا دون تعيينهـــــا ، وكانوا بلغـــا عقـــلا حضـــرا اجتهـــدوا مع الصلحاء ، وانفـــذوا ما يخرج من الثـــلث فمـــا دونه على قدر ما علموا من أفعـــــال الميت ، وذلك ان علمـــوا أن وصـــيته مما يخـــرج من الثلث بدون علم تعيينهـــا وتفاصيلها ، أو لم يعـــلموا أنهـــا ممـــا يخـــرج من الثلث ولا ممـــا يخـــرج من الـــكل ، وان اتفقـــوا أن ينفـــذوا أكثر من الثلث فحسن ، وان علموها من الـــكل بدون علم تفصيلها أو تعيينهـــا أنفـــــذوا بقـــدر اجتهـــادهم الثلث أو دونه أو أكثر .

واذا علموا جملة الموصى به أنفذوا على قدر نظـــرهم كله ان علموها من الـــكل ، والا فمن الثلث فقط على اجتهادهم ، الا أن شاء ، أو لزيادة ، وان اجتهدوا مع الخليفـــة أو معـــه ومع الصلحاء جاز ، وكذا اذا كان الاجتهـــاد للخليفـــة فاجتهـــد معهم أو مـــع الصلحاء أو معهم كلهم .

وان علمـــوا ما أوصى به أى كميتـــــه وجنســـــه وتشـــاكل شىء بين الأقـــــرب والزكاة والكفارات وغير ذلك أو بين متعـــدد من ذلك دفعـــوا ذلك لخليفته ، وبرئوا من وصـــيته ويحـــرزه خليفته ، حتى يتضـــح كل ذلك ان كانت خـــلافة للموصى بأن أثبت خـــلافة لأحـــد ، وللخليفـــة أن يجتهـــد ، وينفذ على حد ما مر .

وان لم يكن للموصى خليفة حرزه الورثة عندهم حتى يتضـــح الحال أو يجتهدوا .

ولا ضمان عليهم ان لم يضيعوا ذلك المال وتلف وان كان ذلك الأقـــرب ممن يأخـــــذ ذلك المـــال المذكور من الزكاة والـــكفارات مثـــلا دفع له ذلك كله وأخبره بالقصـــــة أن الميت أوصى بشىء ظننـــــــاه زكـــاة أو كفارة أو وصية الأقرب مثلا ، أو أوصى بذلك كله وعلمنـــا كميـــة المجموع ولم نعـــلم خصوص ما لكل ، فان كان للأقرب فقط أخذته أنت أقرب ، وان كان زكاة أو كفـــارة فأنت ممن يأخـــذهما ، وان كان بعضـــه وصـــية الأقرب وبعضه كفارة وبعضه زكاة فخذه كله

تكن قد أخذت وصية الأقرب وغيرها مما أنت أهله ان كان الشىء مما يدفع فى ذلك المذكور من الأقرب والزكاة والكفارة ، وذلك كالحبوب الستة ، فانها تعطى فى الزكاة وتعطى فى الكفارات •

وفى وصية الأقرب اذا لم يبين أن ذلك زكاة العين أو الانعام ، وكالدنانير والدراهم على القول بأنها تعطى فى الكفارات ، وكالشاة فانها تعطى فى الزكاة وتعطى فى الأقرب ، وفى الكفارة بالتقويم عند مجيز ذلك ، والا كقول من قال لا تعطى القيمة فى الكفارة حرزه الورثة حتى يتضح أمره •

وقيل : يشترى منه الجائز فى كل ذلك ويدفع للأقرب كما تعطى الكفارات ـ أى أنه يكال فيعلم أو يعطى بالقيمة قيمة الكيل ـ ويخبر بالقصة وان تعدد الأقرب لم يصح ذلك ان كان مما يدفع أولا الا أن يعطى الأقارب كلهم سواء ان لم يعين أقرب وكذا الزكاة والانتصال •

وجميع الوصايا اذا علموا كمية المال وتشاكل هل أوصى لنوع كذا أو لنوع كذا أو تشاكل مقدار ما أوصى لكل نوع يعطى كل ذلك لمن يتأهل لأخذه ولو متعددا كاثنين وثلاثة ، وان أوصى لانسان ببعض ذلك وتشاكل أعطى كله أو حتى لا يشكوا أن تأهل •

وان وجد دفعه لواحد على ما أوصى به دفع له حين تشاكل ان كان أهلا لذلك ، ويجوز ذلك للخليفة أن يفعله ، ولا ضمان على الورثة ، ومثلهم الخليفة اذا أنفذ من أنفذ منهم فى هذه المسائل لواحد فصاعدا فى هذه المسائل كلها ، أو أنفذ من أنفذ منهم فى مسائل الانفاذ بالاجتهاد كلها ان بان لهم أمرها بعد ذلك الانفاذ ، لأن الشرع أقدمهم لذلك مثل أن يتبين أنه لم يوص له للأقرب أو يتبين أنه أوصى بغير النوع الذى أنفذوا فيه باجتهاد ، أو بأقل ، أو بأكثر •

الاشْتِبَاهُ فِى ٱلعِتْق

مذهب الحنفية :

جاء فى الفتاوى الهندية [1] : انه لو اختلط حر بعبد ، كأن يكون لرجل عبد ، فاختلط بحر ، ثم كل واحد منهما يقول : أنا حر ، والمولى يقول : احدكما عبدى ، كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر ، فان حلف لأحدهما ، ونكل للآخر ، فالذى نكل له حر دون الآخر ، وان نكل لهما ، فهما حران ، وان حلف لهما ، فقد اختلط الأمر ، فالقاضى يقضى بالاحتياط ، ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شىء ، ونصفه بنصف القيمة •

(١) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشها فتاوى قاضيخان للأوزجندى ج ٤ ص ٢٠ الطبعة السابقة .

وكذلك لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحـــد منهم ثلثــه ، ويســعى فى ثلثى قيمتـــه • وكذلك لو كانوا عشرة فهـــو على هـــذا الاعتبـــار •

وجاء فى البحــر الرائق[1] : أن المـولى لو قال لأمتــه : ان كان أول ولد تلدينـــه ذكرا فأنت حــرة ، فولدت ذكرا ، وأنثى ، ولم يدر الأول ، رق الذكر ، وعتق نصــف الأم والأنثــى ، لأن كل واحــد منهمـــا يعتق فى حــال دون حــال ، وهــو ما اذا ولدت الغــلام أولا ، عتقت الأم بالشرط والجــارية ، لكونهــا تبعــا لهــا ، لأن الأم حــرة حــين ولدتهــا ، وترق فى حـــال ، وهــو ما اذا ولدت الجــارية أولا ، لعــدم الشرط ، فيعتق نصــف كل واحــدة ، وتسعى فى النصــف •

أما الغــلام فيرق فى الحــالين ، فلهـــذا يكون عبــدا ، وهــذا الجواب فى الجــامع الصغير من غير خلاف فيه •

والمذكور لمحمــد رحمه الله تعـــالى فى الكيسانيات فى هــذه المســألة أنه لا يحــكم بعتــق واحــد منهم ، لأنا لم نتيقن بعتق ، واعتبــار الأحوال بعــد التيقن بالحــرية ، ولا يجوز ايقاع العتق بالشك •

فعن هــذا حــكم الطحــاوى بأن محمدا رحمه الله تعالى كان أولا مع أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهمــا الله تعــالى ، ثم رجــع •

وفى النهــاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هــذا الفصــل ، بل فى هــذا الفصــل لا يحكم بعتــق واحــد ، ولــكن يحــلف المولى بالله ما يعــلم أنهـــا ولدت الجــارية أولا ، فان نكل فنكوله كاقراره ، وان حلف فكلهم أرقاء •

وأما جواب هــذا الفصل انمــا هو فيما اذا قال : ان كان أول ولد تلدينــه غلاما ، فأنت حــرة ، وان كانت جارية فهى حــرة فولدتهما ولا يدرى الأول • فالغلام رقيق ، والأنثى حرة ، ويعتق نصف الأم •

وجــاء فى الفتــاوى الهندية[2] : أنه لــو كان لرجــل أربع جــوار فأعتــق واحــدة منهن ثم نســيها ، لم يســعه أن يتحـــرى للوطء •

مذهب المالكية :

جاء فى حاشــية الدســوقى على الشرح الكبير[3] : ان من قال لأولاد أمته وهم ثلاثة أحدهم ولدى ، ومات ، ولم يعينــه ، واشتبه عليــه الأمر عتــق الأصــغر كله على كل حال ، لأنه ان كان ولده فظـــاهر ، وان كان ولد غيره فهــو ولد أم ولد عتقت بموت ســيدها ، فيعتــق معهــا وثلثا الأوسط ،

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٤ ص ٢٧٠ الطبعة السابقة .

(٢) الفتاوى الهندية للأوزجندى ج ٥ ص ٣٨٥ الطبعة السابقة .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤١٦ الطبعة السابقة .

لأنه حر بتقديرين ، وهما كونه المقر به أو الأكبر ، ورقيق بتقدير واحد ، وهو كون المقر به الأصغر وثلث الأكبر ، لأنه حر بتقدير واحد ، وهو كونه المقر به ، ورقيق بتقديرين ، وهما كون المقر به الأوسط أو الأصغر .

وان افترقت أمهات الأولاد ، بأن كان كل واحد من أم فواحد يعتق بالقرعة ، ولا أرث لواحد منهم افترقت أمهاتهم أم لا .

وجاء فى حاشية الدسوقى[1] : أن السيد ان أعتق عبيدا فى مرضه بتلا ، ولم يحملهم الثلث ، أو أوصى بعتقهم ولو عينهم بأسمائهم، ولم يحملهم الثلث فى المسألتين ، أو أصى بعتق ثلث عبيده .

ومثله اذا بتل عتق ثلثهم فى مرضه ، أو أوصى بعتق عدد سماه من أكثر ، كثلاثة من تسعة ، أقرع فى المسائل الأربعة ، كالقسمة .

وصفة القرعة فى الأولين : ان يقوم كل واحد منهم ، ويكتب قيمة كل واحد مع اسمه فى ورقة مفردة ، وتخلط الأوراق بحيث لا يتميز واحدة من الباقى ، ثم تخرج ورقة ، وتفتح ، فمن وجد فيها اسمه عتق ، وينظر الى قيمته ، فان كانت قدر ثلث الميت اقتصر عليه ، وان زادت عتق منه بقدر الثلث ، وان نقصت أخرجت أخرى ، وعمل فيها كما عمل فى الأولى ، وهكذا .

(١) المرجع السابق للدسوقى ج ٤ ص ٣٧٨، ص ٣٧٩ الطبعة السابقة .

وصفتها فى الثالثة أن يجزؤوا ابتداء أثلاثا ، ويكتب فى ورقة حر ، وفى اثنتين رق، ثم تخلط الأوراق ، وتخرج واحدة ترمى على ثلث ، فمن خرج له حر ، نظر فيه ، فان حمله الثلث فواضح ، والا عمل فيه ما تقدم .

وأما الرابعة فان عين العدد الذى سماه كزيد وعمرو من جملة أكثر ، وحمله الثلث فواضح ، والا سلك فيه ما تقدم .

وان لم يعين كثلاثة من عبيدى ، فانه ينسب عدد من سماه الى عدد جميع رقيقه وبتلك النسبة بجزؤن ، فاذا كانوا ثلاثة من تسعة جزئوا أثلاثا ، ومن اثنى عشر جزئوا أرباعا ، ويجعل كل جزء على حدته من غير نظر لقيمة كل جزء ، ويكتب أوراق بقدر عدد الأجزاء واحدة فيها حر ، والباقى كل ورقة فيها رق ، ويعمل مثل ما تقدم فى المسألة الثالثة .

ومحل القرعة ما لم يرتب فان ترتب فلا قرعة .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[2] : انه ان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق فى مرضه عبده

(٢) من كتاب المهذب لأبى اسحاق ابراهيم الفيروزبادى الشيرازى ج ٢ ص ٣٤٠ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢٧٧هـ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

ســالما ، وقيمتــه ثلث ماله ، وشــهد آخــر أنه أعتق غانمــا ، وقيمتــه ثلث ماله ، فان علم السابق منهما عتق ، ورق الآخـــر ، وان لم يعلم ذلك ففيــه قولان •

أحدهما : أنه يقــرع بينهما ، لأنه لا يمكن الجمــع بينهما ، لأن الثلث لا يحتملهمــا ، وليس أحدهمــا بأولى من الآخـــر ، فأقرع بينهمـــا ، كمــا لو اعتق عبــدين ، وعجــز الثــلث عنهمـــا •

والقول الثانى : أنه يعتق من كل واحــد منهما النصف ، لأن السابق حــر ، والثــانى عبـــد ، فاذا أقــرع بينهمــا ، لم يؤمن أن يخـــرج ســهم الرق على الســابق ، وهــو حــر ، فيسترق ، وســهم العتق على الثانى، فيعتق ، وهو عبــد ، فوجب أن يعتــق من كل واحــد منهمــا النصف ، لتساويهمــا ، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخـــر بالثلث ، ولم يجــز الورثة ما زاد على الثلث، فان الثلث يقســم عليهمــا •

وجاء فى المهذب[١] أيضا : ان الســيد ان كاتب عبدين ، فأقــر أنه اســتوفى ما على أحدهمــا ، أو أبرأ أحدهمــا ، واختــلف العبدان ، فادعى كل واحــد منهمــا انه هــو الذى اســتوفى منه وأبرأه رجــع الى المولى، فان أخبر أنه أحدهمـــا قبــل منــه ، لأنه أعرف بمن اســتوفى منه أو أبرأه ، فان طلب الآخــر يمينــه ، حلف له ، وان ادعى المولى أنه أشــكل عليــه ، لم يقــرع بينهمـــا ، لأنه قد يتذكر •

فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهمــا وبقيــا على الكتابة •

ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما ، فان حلفــا أو نكلا بقيا على الكتابة •

وان حلف أحدهما ونكل الآخــر عتــق الحالف وبقى الآخر على الكتابة •

وان مات المولى قبل أن يتعين ففيـــه قـــولان •

أحدهما : يقرع بينهمــا ، لأن الحــرية تعينت لأحدهمــا ، ولا يمكن التعيين بغــير القــرعة ، فوجب تمييزهما بالقرعــة ، كمــا لو قال لعبــدين أحدكمــا حر •

والثانى : أنه لا يقــرع ، لأن الحــرية تعينت فى أحدهمــا ، فاذا أقرع لم يؤمن ان تخرج القــرعة على غيره ، فعلى هــذا يرجع الى الوارث ، فان قال : لا أعلم حلف لــكل واحــد منهمــا ، وبقيــا على الكتابة على ما ذكرناه فى المولى •

مذهب الحنابلة :

جاءَ فى المغنى[٢] : ان الســيد اذا أعتــق عبــدا غير معين ، فانه يقــرع بينهمــا ،

(١) المرجع السابق ج٢ ص١٧ ، ص ١٨ .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٧ ص ٥٤١ الطبعة السابقة .

فيخرج الحر بالقرعة ، لأنه عتق اســتحقه واحــد من جمــاعة معينين ، فكان اخراجه بالقرعة ، كمــا لو أعتقهمــا فلم يخرج من ثلثه الا أحدهمــا •

ودليل الحكم فى الأصل حديث عمــران ابن الحصــين « أن رجــلا من الأنصــار[١] اعتق ستة أعبــد عنــد موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم النبى صــلى الله عليه وســـلم فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعــة ، وقال له قــــولا شــديدا ، رواه مســلم وأبو داود ، ولأنه تبرع فى مرض موته فأشــبه ســــائر العطــايا والصدقات فأما العتق[٢] فى الكفارة فانه لم يستحقه أحدا • انمــا استحق على المكفر التكفير •

وأما اذا قال اعتقــوا عنى عبــدا ، فان لم يضــفه الى عبيـــــده ، ولا الى جماعة ســـــواهم ، فهو كالمعتق فى الكفارة •

وان قال : اعتقــوا أحــد عبيــدى احتمل أن نقــول باخــراجه بالقــرعة كمســألتنا ، واحتمل أن يرجع فيه الى اختيار الورثة •

وأصــل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيــده هــل يعطى أحــدهم بالقـــــرعة أو يرجــع الى اختيار الورثة •

والفــرق بين مسألتنا وبين هذه المســـألة على هــذا الوجه ، أنه جعــل الأمر الى الورثة حيث أمرهم بالاعتـــاق فكانت الخيرة اليهم وفى مسألتنا لم نجعــل لهم من الأمر شـــيئا فلا يكون لهم خيرة •

وان اعتق غائبا[٣] تعــلم حيــاته وتجىء أخباره صــح وأجزأه عن الكفارة كالحاضر•

وان شــك فى حياته وانقطــع خبره لــم يحــكم بالأجزاء فيــه ، لأن الأصل شــغل ذمتــه ، ولا تبرأ بالشــك ، وهــذا العبــد مشكوك فى وجوده فشــك فى اعتــاقه ، فان قيــل : الأصل حياته ، قلنا : الا أنه قد علم أن الموت لابد منه ، وقد وجــدت دلالة عليه، وهــو انقطــاع أخباره ، فان تبين بعــد هذا كونه حيــا تبينا صــحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة والا فلا •

وجاء فى قواعد ابن رجب[٤] : أنه لو اشتبه عبــد شــخص بعبيــد غيره ، قال القاضى: قيــــاس المذهب أنه يعتــق عبــــده الذى يملكه عن واجب وغــيره ، ثم يقــرع بينهم فيخــرج عبــده بالقــرعة •

وفى عمــد الأدلة لابن عقيــل : لو اختلط عبــــده بأحرار لم يقــرع ، ولو اختلط من اعتقــه ومن لا يملك عتقــه الا باجــــازة جــاز أن يقــرع بينهمــا ، لأن القــــرعة لا تعمل فى آكد التحــريمين ، وتعمـــل فى أيسرهمـــا •

---

(١) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج٦ ص ٥٨٠ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهــامشه الشرح الكبير للخرقى ج ٦ ص ٥٤١ الطبعــة الســابقة .

(٣) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ١١ ص ٢٦٥ الطبعة السابقة .

(٤) من كتاب القواعد لابن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٦٨ الطبعة السابقة.

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[(١)] : أن السيد اذا قال : أحد عبـدى هذين حـر ، فليس منهمـا حر ، وكلاهمـا عبـد ، كما كان ، ولا يكلف عتق أحدهمـا ، فانه لم يعتـق هـذا بعينه ، فليس حـرا ، اذ لم يعتقـه سيده ، ولا اعتق هـذا الآخـر أيضـا بعينه ، فليس أيضـا حـرا ، اذ لم يعتقـه سـيده ، فكلاهمـا لم يعتقـه سيده ، فكلاهما عبـد ، وهـذا فى غاية البيـان ، ولا يجـوز اخراج ملكه عن يده بالظن الكاذب .

ولا تجـوز كتابة[(٢)] مملوكين معـا كتابة واحدة ، سـواء كانا أجنبيين ، أو ذوى رحم محـرمة ، لأنها مجهـولة لا يدرى ما يلزم منهـا كل واحـد منهمـا أو منهم وهذا باطـل .

مذهب الزيدية :

جاء فى التـاج المذهب[(٣)] : أنه اذا التبس العتيـق بعـد تعيينـه فى القصـد ، أو الاشـارة ، أو اللفظ عم العتـق جميـع الأشخاص الذين أوقعـه على أحـدهم ، فيسعون بحسب التحويل .

فان التبس بين اثنين مثلا سـعى كل واحد منهمـا فى نصف قيمتـه يوم الاياس ، لأن كل واحـد منهمـا تلزمه القيمة فى حـال ، وتسقط عنه فى حـال .

وان كانوا ثلاثة سعى كل واحد منهم فى ثلثى قيمته ، لأنها لزمته فى حالين ، وسقطت فى حـال .

وكذا لو كثروا فان السـعاية بحسب التحـويل .

وانما تلزمهم السعاية ان لم يفرط السيد .

فأما لو فرط فى التعيين ، وحده أن يمضى وقت يمكن فيـه التعيين ، ولا يعين ، حتى يحصـل اللبس لم تلزمهم السـعاية ، سـواء وقـع فى الصـحة أم فى المرض ، كحر التبس بعبـد ، فانـه اذا التبس حـر بعبـد عتـق العبـد ، ووجبت السـعاية على الحـر وعلى العبـد كل فى نصـف قيمتـه الا أن يقـع اللبس فى العتـق عن الـكفارة ، نحـو أن يعتق أحـد عبيـده معينـا عن كفـارته ، ثم يلتبس عليهم ، فانهم يعتقـون جميعـا ، ويسعون .

وتجزىء الكفارة سواء فرط أم لا .

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٠٩ المسألة رقم ١٦٧٤ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٢٣٢ المسألة رقم ١٧٨٩ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب فى أحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٣٨١ ، ص ٣٨٢ الطبعة السابقة وشرح الازهار لابى الحسن عبد الله بن مفتاح ٣ ص ٥٦٩ ، ص ٥٧٠ الطبعة السابقة .

مذهب الامامية :

جـاء فى الخلاف[١] : أن السيد اذا كان له مكاتبان كاتبهما بقيمة واحدة فأدى أحدهما ألفـا ، ثم أشـكل عليه عين المؤدى منهما ، أقـرع بينهمـا ، فمن خرجت قرعته حـكم له بالأداء وعتق ، وبقى الآخـر مكاتبـا ، فان مات أقرع بينهمـا .

دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم على أن كل مشكل فيه قرعة ، وهذا من جملة ذلك .

واذا أدى أحدهما مال الكتابة ، وأشـكل الأمر عليـه ، وادعيـا عليه جميعـا العلم أنه يعلم عين من أدى ، فالقول قوله مـع يمينـه ، فاذا حلف أقرع بين المكاتبين ، فمن خرجت له قرعة الأداء ، حكم له بالحـرية ، ورق الآخـر ، ويلزمه ما يخصـه من مال الـكتابة .

دليلنا ما قلناه فى المسألة الأولى سواء ، والأصل الذى ردوه اليه نقول فيـه مثـل الذى قلناه فى الفـرع ، وكيف يجـوز أن يسـتحق الألفين وهو يقطـع على أن أحدهمـا حـرام ولا يعـرف عينـه ؟ وكيف يحـل له التصرف فيهمـا أو فى واحد منهمـا الا على ما قلناه ؟

وجاء فى شرائع الاسلام[٢] : أنه اذا شهد اثنـان أن الميت أعتق أحـد مماليكه ، وقيمته الثلث ، وشـهد آخران ، أو الورثة أن العتق لغـيره ، وقيمتـه الثلث ، فان قلنـا : المنجزات من الأصـل عتقـا ، وان قلنـا : من الثلث فقد أعتـق أحدهمـا ، فان عرفنا السـابق صـح عتقـه ، وبطل الآخـر ، وان جهـل استخرج بالقرعة .

ولو اتفق عتقهمـا فى حالة واحدة ، قال الشـيخ : يقـرع بينهمـا ، ويعتـق المقـروع .

ولو اختلفت قيمتهما اعتق المقروع فان كان بقدر الثلث صح وبطل الآخر .

وان كان أزيد صح العتق منه فى القـدر الذى يحتمله الثلث .

وان نقص أكملنـا الثلث من الآخر .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل[٣] : أن من أعتق عبـدا فى مرضـه ، فتلف فى عبيـده خرجوا كلهم أحـرارا ، ويسـعون بقيمتهم الا قيمـة واحـدة ، وكذا أن أعتـق عبـدا ولم يعينـه من عبيـده ، والصحة كالمرض .

ومن له عبـدان وقـد دبر أحدهمـا وحضره الموت ، فقال : أحدهمـا ، حر ولم يسـمه ، فهما حـران يسعيان ، فان عرف

(١) الخلاف فى الفقه للطوسى ج ٢ ص ٣٦٣ المسألة رقم ٢٤ الطبعة السـابقة ، ص ٣٦٤ المسألة رقم ٢٥ .

(٢) شرائع الاسـلام فى الفقه الاسـلامى الجعفرى ج ٢ ص ٢٤١ ، ص ٢٤٢ الطبعة السابقة .

(٣) شرح النيل وشـفاء العليـل لمحمـد ابن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٣٢٩ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ.

المدبر ، وقيمتها ستون ، ثلاثون لكل ، سعى المدير بخمسة عشر ، والآخر بخمسة وعشرين ، وان لم يعرف سعى كل بعشرين .

وان تلف[1] عبده فى عبيد الناس فأعتقه فى مرضه ، ضمن قيمة العبيد كلهم ، ويخرجون من الكل الا قيمة عبده وان وسعه الثلث فلا سعى عليهم فيما ناب قيمته ، والا سعوا بما فوق الثلث ، وان تلف فيهم بعد عتقهم فهم أحرار أيضا ولا ضمان عليه ، وان وسعوا بقيمتهم ، الا قيمة واحد ، وان وسعه الثلث فلا سعى عليهم ، والا سعوا قيمته الا ما ناب الثلث .

وان قال مالك الرقيق[2] أعتقت واحدا من عبدى. عتقا معا ، وسعيا بقيمة أحدهما ان كان اثنان ذكران أو أنثيان ، أو ذكر وأنثى واعتقوا معا وسعوا بقيمة ما عدا العدد الذى ذكره اذا كان ثلاثة فصاعدا ذكورا أو أناثا ، أو مختلطين ، فاذا أستويا أو استووا فلا أشكال ، وان تفاضلا أو تفاضلوا جمعت قيمتهما ، وسعيا بنصفها ، أو جمعت قيمتهم وسعوا بما ينوب منها ما عدا العدد الذى ذكره .

وان قال : أعتقت بعضا من عبيدى عتقوا كلهم ، وسعوا بما عدا قيمة واحد .

(1) المرجع السابق لأطفيش ج ٦ ص ٣٣٣، ص ٣٣٤ الطبعة السابقة .

(2) شرح النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٤٠ الطبعة السابقة .

الاشْتِبَاهُ فِي النَّسَبِ وَاللُّقَطَةِ

مذهب الحنفية :

قال صاحب بدائع الصنائع[3] : كل مطلقة لم تلزمها العدة ، بأن لم تكن مدخولا بها ، فنسب ولدها لا يثبت من الزوج ، الا اذا علم يقينا أنه منه ، وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر .

وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج ، الا اذا علم يقينا أنه ليس منه ، وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين .

وانما كان كذلك لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه ، فكان النكاح من كل وجه زائلا بيقين ، وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله .

فاذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق ، فقد تيقنا أن العلوق وجد فى حال الفراش ، وأنه وطئها وهى حامل منه ، اذ لا يحتمل أن يكون بوطء بعد الطلاق ، لأن المرأة تلد لأقل من ستة أشهر ، فكان من وطء وجد على فراش الزوج ، وكون العلوق فى فراشه ثبوت النسب منه .

فاذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا ، لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش ، لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق ، والفراش كان زائلا بيقين فلا يثبت مع الشك .

(3) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٣ ص ٢١١ الطبعة السابقة .

وان طلقها(١) بعد الدخول ، وكان الطلاق بائنا ، وهى من ذوات الاقراء ، ولم تكن أقرت بانقضاء العدة ، فجاءت بولد ، فان جاءت به الى سنتين عند الطلاق لزمه ، لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ، ويحتمل أن يكون من وطء وجد فى حال قيام النكاح ، وكانت حاملا وقت الطلاق، لأن الولد يبقى فى البطن الى سنتين بالاتفاق، وهذا أظهر الاحتمالين ، اذ الظاهر من حال المسلمة ألا تتزوج فى العدة ، وحمل أمور المسلمين على الصلاح واجب ما أمكن ، فيحمل عليه •

أو نقول : النكاح كان قائما بيقين ، والفراش كان ثابتا بيقين ، لقيام النكاح ، والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله ، فاذا كان احتمال العلوق على الفراش قائما ، لم نستيقن بانقضاء العدة ، وزوال النكاح من كل وجه ، فلم نستيقن بزوال الفراش ، فلا نحكم بالزوال بالشك •

ونقل صاحب البحر الرائق(٢) عن الظهيرية : انه لو ادعى رجلان نسب اللقيط ، وأقاما البينة ، وأرخت بينة كل واحد منهما ، يقضى لمن يشهد له سن الصبى ، فان كان سن الصبى مشتبها ، لم يوافق كلا من التاريخين ، فعلى قول صاحبى أبى حنيفة رحمهم الله تعالى يسقط اعتبار التاريخ ، ويقضى به بينهما باتفاق الروايات •

وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقد ذكر خواهر زاده أنه يقضى به بينهما فى رواية أبى حفص •

وفى رواية أبى سليمان يقضى لأقدمهما تاريخا •

وفى التتارخانية أنه يقضى به بينهما فى عامة الروايات ، وهو الصحيح •

واذا ادعى رجلان لقطة(٣) وبين كل من المدعيين لهما علاماتها وأصابا ، ينبغى أن يحل الدفع لهما •

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والأكليل(٤) : سئل مالك عن اللقطة توجد فى قرية ليس فيها الا أهل الذمة ؟ فقال : تدفع الى أحبارهم •

قال ابن رشد : هذا قول فيه نظر ، اذ فى الامكان أن تكون لمسلم ، وان كانت وجدت بين أهل الذمة فكان الاحتياط أن لا تدفع الى أحبارهم الا بعد التعريف بها استحسانا ، لغلبة الظن أنها لهم على غير

---

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٣ ص ١٢١ الطبعة السابقة .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ ص ١٥٧ الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٣) المرجع السابق لابن نجيم وبهامشه حواشي منحة الخالق لابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠ الطبعة السابقة .

(٤) التاج والاكليل للمواق فى كتاب مع مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ص ٧٤ الطبعة السابقة .

قياس ، فاذا دفعت اليهم بعد التعريف لها ، ثم جاء صاحبها غرموها له ، وانما كان يلزم أن تدفع ابتداء الى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون أن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا معروفا الينا ، وأما اذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع الى أحبارهم وتكون موقوفة أبدا .

وروى[1] عن المدونة أن من التقط لقيطا فى مدينة الاسلام ، أو فى قرية الشرك فى أرض كنيسة أو بيعة وعليه زى أهل الذمة أو المسلمين،وكيف ان كان الذى التقطه فى بعض المواضع مسلم أو ذمى ما حاله ، قال : ان التقطه نصرانى فى قرى أهل الاسلام ومواضعهم ، فهو مسلم ، وان كان فى قرى الشرك وأهل الذمة ومواضعهم ، فهو مشرك ، وان وجد فى قرية ليس فيها الا اثنان أو ثلاثة من المسلمين ، فهو للنصارى ، ولا يعرض لهم الا أن يلتقطه هناك مسلم فيجعله على دينه .

وقال ابن الحاجب : يحكم باسلام اللقيط فى قرى الاسلام ومواضعهم ، فان كان فى قرى الشرك فمشرك .

وقال أشهب الا أن يلتقطه مسلم ، فان لم يكن فيها غير بيتين من المسلمين فمشرك ، الا أن يلتقطه مسلم .

وقال أشهب : يحكم باسلامه كحريته للاحتمال .

وسئل[2] مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشترى منه ثوبا ، ثم خرج منه فاتبعه صاحب الحانوت ، فقال : يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته فى حانوتى ولم يدخل على اليوم أحد غيرك فعد الرجل ، فافتقد دينارا منها أترى أن يأخذه ، فقال مالك : لا أدرى هو أعلم بيقينه أن استيقن أنه ديناره فليأخذه قيل له التاجر يقول لم يدخل على اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته دينارا ، قال : أن استيقن أنه له فليأخذه وهذا دليل على أنه لا يأخذه الا ان استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه أنه اذا لم يعترضه شك فى أنه له فأخذه له سائغ حلال لأن الغالب على ظنه أنه له اذ قد افتقد دينارا ولم يعلم عدد نفقته لساغ له عندى أن يأخذه ، لقول صاحب الحانوت أنه لم يدخل على اليوم أحد غيرك ، وان كان التورع من أخذه أولى وأحسن .

وكذلك لو قال صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ، ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد دينارا .

وأما لو قال هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ، ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت ، والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بالشك .

(١) التاج والاكليل للمواق مع مواهب الجليل فى كتاب ج ٦ ص ٨٢ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٧٥ الطبعة السابقة .

قال : ومن وجد[1] ثوبا ، وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه ، فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه ، كان له أن يرده حيث وجده ، ولا ضمان عليه فيه ، قاله ابن القاسم فى المدونة ، ورواه ابن وهب عن مالك ، لأنه لم يصر فى يده ، ولا تعدى عليه ، وانما أعلم به من ظن أنه له ، ولم يلتزم فيه حكم اللقطة ، وهذا اذا ردها بالقرب ، وأما ان ردها بعد طول فهو ضامن •

وجاء فى الدسوقى على الشرح[2] الكبير : أنه اذا ولدت زوجة رجل ، وأمة رجل آخر ، واختلط الولدان ، بأن قال كل واحد من أبويهما : لا أدرى ولدى من هذين ، أو ادعى كل واحد منهما واحدا ، ونفيا الآخر ، عينته القافة ، ولم يكن للأبويين أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولدا •

وأما اذا لم يختلف الأبوان فى تعيينه بأن أخذ كل واحد ولدا بعينه ، فله ذلك من غير قافة •

والقافة لا تكون فى نكاحين ، وانما تكون فى ملكين ، أو نكاح وملك •

وعن ابن القاسم : أن لو وجدت امرأة مع ابنتها بنتا أخرى ، لا تلحق بزوجها واحدة منهما ، لاحتمال كون البنت الأخرى من نكاح ، والقافة لا تكون فى نكاحين ، لكن رجح القول بأنها تدخل فى نكاح ومجهول ، كما فى هذا الفرع •

ثم المذهب ان القافة تكون فى النكاحين أيضا •

وعلى ذلك فما روى عن ابن القاسم ضعيف على كل حال •

وأما اذا ولدت زوجة رجل وأمته الموطوءة له فى ليلة واحدة ، واختلط ولداهما ، ولم يعلم ولد كل منهما ، فلا قافة ، لأن كلا من الولدين لاحق به ، ونسبه ثابت ، وميراثه ، ولا قافة بين الأمهات ، كذا عند الشيخ عبد الباقى الزرقانى ، ونحوه للشيخ مصطفى الرماصى معترضا على التتائى والخرشى التابعين للبساطى من دخول القافة ، قائلا : انما تدعى القافة ، لتلحق بالآباء ، لا بالأمهات •

لكن فى البنانى عن ابن ميسر عن سحنون أن القافة تدعى ، لتلحق بكل واحدة ولدها •

ومحل هذا الخلاف الا أن يقول الرجل أحدهما ولدى والآخر زنت به جاريتى ، فان قال الأب ذلك ، واختلطا فالقافة ، فمن ألحقته به فهو ولده ، وكان الآخر غير ولده •

---

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش الحطاب ج ٦ ص ٧٧ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤١٦ ، ص ٤١٧ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

وروى فى التاج والأكليل[1] : عن أشهب أن من نزل على رجل له أم ولد حامل ، فولدت هى ، وولدت امرأة الضيف فى ليلة صبيين ، فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها ، دعى لهما القافة .

قال ابن رشد : فان ادعى كل واحد منهما واحدا بعينه ونفى الآخر عن نفسه وجب أن يلحق بكل واحد منهما ما ادعاه .

وان ادعيا معا واحدا بعينه ، ونفى كل واحد منهما عن نفسه ما سواه ، فالواجب على أصولهم أن تدعى له القافة ، كالأمة بين الشريكين يطآنها فى طهر واحد ، فتلد ولدا يدعيانه معا .

ومن كتاب ابن ميسر من حلف لزوجته ان ولدت المرة جارية لأغيبن عنك غيبة طويلة ، فولدت فى سفره جارية ، فبعثت بها خادمها فى جوف الليل ، لتطرحها على باب قوم ، ففعلت ، فقدم زوجها ، فوافى الخادم راجعة ، فأنكر خروجها حينئذ وحقق عليها فأخبرته ، فردها لتأتى بالصبية ، فوجدت صبيتين فأتت بهما فأشكل الأمر على الأم ، أيتهما هى منهما ؟ قال ابن القاسم : لا تلحق واحدة منهما ، وقاله محمد .

وقال سحنون : تدعى لهما القافة وبه أقول .

واذا وطىء السيد[2] الأمة بملك اليمين والنكاح ، فلا يخلو أما أن يكون النكاح سابقا أو ملك اليمين سابقا ، فان كان ملك اليمين سابقا ، كما اذا وطىء أمته ثم زوجها قبل أن يدعى الاستبراء ، فان أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الزوج ، فان الولد لا يلحق به ، ويلحق بالسيد الا أن يدعى الاستبراء أى وينفى الولد ، وان أتت به لستة أشهر فأكثر ، فاختلف فى ذلك .

فقيل : تدعى له القافة ، قال اللخمى : هو قول مالك .

وروى عن ابن القاسم وقال مالك هو للزوج .

وقال محمد بن مسلمة هو للأول ، لأن وطأه صحيح ، والثانى فاسد وقال الرجراجى : ان الأول هو المشهور .

وأما أن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه الا بلعان[3] .

وان كانت أمة بين رجلين حرين ، أو أحدهما عبد ، أو ذمى ، والآخر مسلم ،

---

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب فى كتاب ج ٥ ص ٢٤٧ ، ص ٢٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٣٥٨ الطبعة السابقة .

(٣) التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٣٥٩ الطبعة السابقة .

فوطئاها فى طهر واحد ، فأتت بولد ، فادعياه دعى لهما القافة فمن الحقته به نسب اليه ، قال ابن يونس يريد أتت بولد لدون ستة أشهر فأكثر من يوم وطء الثانى •

ومن المدونة ان أشركتهما والى — اذا كبر — أيهما شاء ، قال ابن شاس ثم لا يكون الا مسلما وهو بمنزلة ما اذا أشكل الأمر ، فان مات قبل ذلك ورثاه ، وان ماتا ورثهما معا •

وكذلك فى وطء البائع والمشترى فى طهر واحد ، قال ابن يونس ان توجد القافة ترك الولد الى بلوغه فيوالى من شاء ، كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس منهما ، وقال بعض علمائنا وهو أولى •

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج[1] : أنه اذا تداعى شخصان مجهولا لقيطا أو غيره عرض على القائف مع المتداعيين ان كان صغيرا ، اذ الكبير لابد من تصديقه كما مر فى الاقرار ، فمن الحقه به القائف لحقه والمجنون كالصغير والحق به البلقينى مغمى عليه ونائما وسكران غير متعد ، وما ذكره فى النائم بعيد جدا •

وكذا لو اشتركا فى وطء لامرأة أو استدخلت ماءهما أى المحترم ، كما قاله البلقينى ، فولدت ممكنا منهما ، وتنازعاه ، بأن وطئا بشبهة ، كأن ظنها كل أنها زوجته أو أمته ، ولا تنحصر الشبهة فى ذلك ، فقد ذكر بعض صورها عطفا للخاص على العام ، فقال : أو وطئا مشتركة بهما فى طهر واحد ، والا فهو للثانى ، كما يؤخذ من كلامه الآتى قياسا ، لتعذر عوده الى هذا ، لأن بينهما صورا لا يمكن عوده اليها ، أو وطىء زوجته وطلق ، فوطئها آخر بشبهة ، أو نكاح فاسد ، كأن نكحها فى العدة جاهلا بالحال ، أو وطىء أمته وباعها ، فوطئها المشترى ، ولم يستبرىء واحد منهما ، فيعرض على القائف ولو مكلفا ، فمن ألحقه به منهما لحقه ، فان لم يكن قائف ، أو كان ، لكنه تحير ، اعتبر انتساب الولد بعد كماله •

قال البلقينى : لو كان الاشتباه للاشتراك فى الفراش ، لم يعتبر الحاق القائف ، الا أن يحكم حاكم ، ذكره الماوردى ، وحكاه فى المطلب عن ملخص كلام الأصحاب ، وكذا لو وطىء بشبهة منكوحة لغيره نكاحا صحيحا كما فى المحرر •

ولا يتعين الزوج للالحاق ، لأنه موضع الاشتباه •

---

(١) نهاية المحتاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشهابى عليه ج ٨ ص ٣٥٢ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لمصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ •

والثـانى يلحق الزوج لقـوة الفراش .

ولا يكفى اتفـاق الزوجـين على الوطء ، بل لابـد من بينة بـه ، لأن للولد حقـا فى النسـب ، وتصـديقهمـا ليس بحجة عليه ، فان قامت بـه بينة عـرض على القـائف ، وهـذا ما ذكره المصـنف فى الروضـة هنا ، وهـو المعتمد ، وان لم يذكـره فى اللعان ، واعتمـد البلقينى الاكتفـاء بذلك الاتفـاق.

نعـم يلحق بالبينة تصـديق الولد المكلف، لمـا تقـرر أن له حقـا ، فاذا ولدت لمـا بين سـتة أشـهر وأربع سـنين من وطئهمـا ، وادعيـاه ، أو لم يدعيـاه عـرض علـى القائف ، لامكانه منهمـا ، فان تخلل بـين وطئيهمـا حيضـة ، فالولد للثـانى ، وان ادعـاه الأول لظهـور انقطـاع تعلقـه به الا أن يكون الأول زوجـا من نـكاح صحيح أى والثـانى بشـبهة أو نكاح فاسـد فـلا ينقطـع تعلق الأول ، لأن امـكان الوطء مع الفـراش قائـم مقـام نفـس الـوطء ، والامكان حاصـل بعـد الحيضـة .

واحتـرز بالصـحيح عمـا لو كان الأول زوجـا فى نـكاح فاسـد ، فانه ينقطع تعلقه ويكون للثـانى على الأظهر ، لأن المـرأة فى النـكاح الفاسـد لا تصـير فراشـا ما لم توجـد حقيقـة الوطء ، وسـواء فيهمـا أى المتنازعين اتفقـا اسـلاما وحـرية أم لا ، كمـا مـر فى اللقيـط ، لأن النسـب لا يختلف مع صـحة اسـتلحاق العبـد ، هـذا ان الحق بنفسـه ، والا كأن تداعيـا أخـوة مجهـول ، فيقـدم الحـر ، لمـا مر ، أن شرط الملحق بغـيره أن يكون وارثا ، ويحـكم بحريتـه ، وان ألحقـه بالعبد ، لاحتمـال أنه ولـد من حـرة ولو ألحقـه قائف بشـبه ظاهر وقائف بشبه خفى قدم ، لأن معـه زيادة عـلم بحـذقه وبصـيرته ، وفيمـا اذا ادعـاه مسـلم وذمى ، يقـدم ذو البينـة نسـبا ودينـا ، فان لم تـكن وألحقـه القائف بالذمى ، تبعـه فى نسـبه فقط ، ولا حضـانة لـه .

وجـاء فى مغنى المحتـاج[1] : أنـه لـو نفى من نسـب اليه الولد بلعـان انتفى اللبن النـازل به كالنسـب ، فلو ارتضـعت بـه صـغيره حلت للثـانى ، ولو عاد واستلحق بعـد اللعـان ، لحقـه الرضـيع أيضا .

ولو وطئت منكوحـة أى وطئهـا واحـد بشـبهة أو وطىء اثنـان امـرأة بشـبهة فولـدت ولدا ، فاللبن النازل بـه لمن لحقه الولد منهمـا ، أمـا بقـائف أو البينات ان أمكن كونه منهمـا ، أو لمـن لحقـه الولد بسـبب غـيره .

فان انحصر الامـكان فى واحـد منهمـا ، أو لم يكن قائف أو ألحقـه بهمـا ، أو نفـاه عنهمـا ، أو أشـكل عليه الأمر وانتسب الولد لأحدهمـا بعـد بلوغه ، أو بعـد افاقتـه من جنـون ونحـوه ، فالرضـيع من ذلك

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٣ ص ٣٨٦ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

اللبن ولد رضاع لمن لحقه ذلك الولد لأن اللبن تابع للولد .

فان مات الولد قبل الانتساب ، أو بعده فيما اذا انتسب بعضهم لهذا وبعضهم لذاك ، أو لم يكن له ولد ولا ولد ولد ، انتسب الرضيع حينئذ .

أما قبل انقراض ولده وولد ولده ، فليس له الانتساب ، بل هو تابع للولد أو ولده ، ولا يجبر على الانتساب بخلاف الولد وأولاده ، فانهم يجبرون عليه ، لضرورة النسب .

والفرق أن النسب يتعلق به حقوق له وعليه ، كالميراث ، والنفقة ، والعتق بالملك ، وسقوط القود ، ورد الشهادة ، فلابد من دفع الأشكال .

والمتعلق بالرضاع حرمة النكاح ، وجواز النظر ، والخلوة ، وعدم نقض الطهارة ، والامساك عنه سهل ، فلم يجبر عليه الرضيع ، ولا يعرض أيضا على القائف ، ويفارق ولد النسب ، بأن معظم اعتماد القائف على الأشباه الظاهرة دون الأخلاق ، وانما جاز انتسابه ، لأن الانسان يميل الى من ارتضع من لبنه ، ولا تنقطع نسبة اللبن عن صاحبه من زوج ، أو غيره مات ، أو زوج طلق وله اللبن ، وان طالت المدة كعشر سنين .

وجاء فى المهذب[1] : أنه ان تداعى نسب اللقيط رجلان ، لم يجز الحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعقد من اثنين .

والدليل عليه قوله تعالى « انا خلقناكم من ذكر وأنثى » .

فان لم يكن لواحد منهما بينة ، عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فان ألحقته باحدهما لحق به .

لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها ، قالت : دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور فى وجهه ، فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر الى أسامة وزيد ، وقد غطيا رءوسهما وقد بدت أقدامهما ، فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض ، فلو لم يكن ذلك حقا ، لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز ، لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع الا فى بنى مدلج .

---

(١) من كتاب المهذب لأبى اسحاق ابراهيم الفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٤٣٧ طبع مطبعة عيسي البابى الحلبي وأولاده بمصر .

والثانى : أنه يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى فلم تختص به قبيلة ، كالعلم بالأحكام •

وهل يجوز أن يكون واحدا فيه وجهان •

أحدهما : أنه يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ، ولأنه بمنزلة الحاكم ، لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم، ثم يحكم •

والثانى : لا يجوز أن يكون امرأة ولا عبدا ، كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبدا •

ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل فى الفتيا الا قول من عرف فى العلم حذقه وان ألحقته بهما أو نفته عنهما ، أو أشكل الأمر عليها ، أو لم تكن قافة ، ترك حتى يبلغ ، ويؤخذان بالنفقة عليه ، لأن كل واحد منهما يقول : أنا الأب ، وعلى نفقته ، فاذا بلغ أمرناه أن ينتسب الى من يميل طبعه اليه ، لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال للغلام الذى ألحقته القافة بهما والى أيهما شئت ، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره ، فاذا تعذر العمل بقول القافة رجع الى اختيار الولد •

وهل يصح أن ينتسب اذا صار مميزا ولم يبلغ ؟ فيه وجهان •

أحدهما : يصح ، كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين اذا صار مميزا •

والثانى : لا يصح ، لأنه قول يتعين به النسب ، ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل من الصبى ، ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين لأن ذلك غير لازم ، ولهذا لو اختار أحدهما ، ثم انتقل الى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك فى النسب •

وان كان لأحدهما بينة قدمت على القافة، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة ، والقافة تخبر عن اجتهاد •

فان كان لكل واحد منهما بينة فهما متعارضان ، لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ، ففى أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة •

وفى الثانى تستعملان •

فعلى هذا هل يقرع بينهما ؟ فيه وجهان •

أحدهما : يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة قضى له ، لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعة •

والثانى : لا يقرع ، لأن معنا ما هو أقوى من القرعة ، وهو القافة ، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة ، وليس فى موضع تسقط الأقوال الثلاثة فى استعمال البينتين الا فى هذا الموضع على هذا المذهب •

وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا : أنه يصح دعوى المرأة ، ولم تكن بينة ، فهل يعرض على القافة ؟ فيه وجهان •

أحدهما : يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم ، كما يأخذ من الأب ، فاذا جاز الرجوع الى القافة فى تمييز الأب من غيره بالشبه ، جاز فى تمييز الأم من غيرها •

والثانى : لا يعرض ، لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينا ، فلم يرجع فيه الى القافة ، بخلاف الأب ، لأنه لا يمكن معرفته الا ظنا ، فجاز أن يرجع فيه الى الشبه •

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى[1] أن القافة اذا ألحقت اللقيط بكافر أو رقيق ، لم يحكم بكفره ولا رقه ، لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن ، كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد •

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ، ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى ، فان ألحقته به القافة لحق به ، وانقطع عن الأول ، لأنها بينة فى الحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة •

واذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما ، وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ، ويرثانه جميعا ميراث أب واحد ، وهذا يروى عن عمر ، وعلى رضى الله عنهما ، وهو قول أبى ثور •

وقال أصحاب الرأى : يلحق بهما بمجرد الدعوى ، لما روى سعيد فى سننه : حدثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر فى امرأة وطئها رجلان فى طهر،فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما •

وباسناده عن الشعبى قال وعلى يقول : هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر •

وقال الامام أحمد : حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما ، وقابوس عن أبيه عن على جعله بينهما •

وروى الأثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما ، فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فدعا القافة فنظروا فقالوا : نراه يشبههما فألحقه بهما ، وجعله يرثهما ويرثانه قال سعيد : عصبته الباقى منهما •

قال أحمد : اذا ألحقته القافة بهما

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٠٠ الى ص ٤٠٢ •

ورثهما وورثاه ، فان مات أحدهما فهو للباقى منهما ، ونسبه من الأول قائم لا يزيله شىء ، ومعنى قوله هو للباقى منهما والله أعلم ، أنه يرثه ميراث أب كامل ، كما أن الجدة اذا انفردت ، أخذت ما يأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات •

وان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد فى رواية منهما : أنه يلحق بثلاثة •

ومقتضى هذا أنه يلحق بما ألحقته القافة وان كثروا ، وذلك لأن المعنى الذى لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه ، واذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، هذا اذا وجدت القافة(١) •

أما اذا لم توجد قافة ، أو وجدت ، لكن أشكل الأمر عليها ، أو تعارضت أقوالها، أو وجد من لا يوثق بقوله ، لم يرجح أحدهما بذكر علامة فى جسده ، لأن ذلك لا يرجح به فى سائر الدعاوى سوى الالتقاط فى المال واللقيط ويضيع نسبه ، هذا قول أبى بكر •

وقد أومأ اليه أحمد رحمه الله تعالى فى رجلين وقعا على امرأة فى طهر واحد

الى أن الابن يخير أيهما أحب ، وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، قال : يترك حتى يبلغ فينتسب الى من أحب منهما ، وذلك لأن دعواهما تعارضتا ، ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه •

وقولهم : يميل طبعه الى قرابته •

قلنا : انما يميل الى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته ، فالمعرفة بذلك سبب الميل ، ولا سبب قبله ، ولو ثبت أنه يميل الى قرابته ، لكنه قد يميل الى من أحسن اليه ، فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها ، وبغض من أساء اليها ، وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه ، وقد يميل الى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدرا أو جاها أو مالا ، فلا يبقى للميل أثر فى الدلالة على النسب •

وقولهم : أنه صدق المقر بنسبه •

قلنا : لا يحل له تصديقه ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لعن من ادعى الى غير أبيه ، أو تولى غير مواليه ، وهذا لا يعلم أنه أبوه ، فلا يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق •

وأما قول عمر رضى الله تعالى عنه : والى من شئت ، فلم يثبت ، ولو ثبت لم يكن فيه حجة ، فانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب •

---

(١) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٠٣ ، ص ٤٠٤ الطبعة السابقة •

وعلى قول من جعل له الانتساب الى أحدهما ، لو انتسب الى أحدهما ، ثم عاد وانتسب الى الآخر ، ونفى نسبه من الأول ، أو لم ينتسب الى أحد ، لم يقبل منه ، لأنه قد ثبت نسبه ، فلا يقبل رجوعه عنه ، كما لو ادعى منفردا نسبه ، ثم انكره ٠

ويفارق الصبى الذى يخير بين أبويه ، فيختار أحدهما ، ثم يرد الآخر اذا اختاره ، فانه لا حكم لقول الصبى ، وانما تبع اختياره وشهوته ، فأشبه ما لو اشتهى طعاما فى يوم ، ثم اشتهى غيره فى يوم آخر ٠

وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها ، وبطل انتسابه ، لأنها تبطل قول القافة الذى هو مقدم على الانتساب ، فلأن تبطل الانتساب أولى ٠

وان وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا ، لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة ٠

ولو ادعى اللقيط[1] رجلان ، فقال أحدهما : هو ابنى وقال الآخر هو ابنى نظرنا فان كان ابنا فهو لمدعيه ، وان كانت بنتا فهى لمدعيها ، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وان كان خنثى مشكلا أرى القافة معهما ، لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ٠

وان أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى ، لأن بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها ، والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها ٠

واذا ادعى نفران[2] نسب صغير مجهول النسب ، ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص عليهما ، لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما ٠

وان ألحقته القافة بأحدهما ، ثم قتلاه ، لم يقتل أبوه ، وقتل الآخر ، لأنه شريك الأب فى قتل ابنه ، وان رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق للولد ، فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به ، كما لو أقر له بحق سواه أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده ٠

وان رجع أحدهما صح رجوعه ، وثبت نسبه من الآخر ، لأن رجوعه لم يبطل نسبه ، ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع ، لأنه شارك الأب ٠

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٠٦ الطبعة السابقة ٠

(٢) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٩ ص ٣٦٢ الطبعة السابقة ٠

وان عفى عنه فعليه نصف الدية •

ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد ، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، فقتلاه قبل الحاقه بأحدهما ، لم يجب القصاص ، وان نفيا نسبه ، لم ينتف ، لأنه لحقه بالفراش ، فلا ينتفى الا باللعان ، وفارق التى قبلها من وجهين •

أحدهما اذا رجع عن دعواه لحق الآخر، وها هنا لا يلحق بذلك •

والثانى ان ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد ، وها هنا يثبت بالاشتراك فى الوطء فلا ينتفى بالجحد •

وجاء فى كشاف القناع(١) : أن الرجل ان وطئت امرأته أو أمته بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء ، وانتفى عن الزوج من غير لعان وان أنكر الواطىء الوطء ، فالقول قوله بغير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج وان أتت به لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج ، وان اشتركا فى وطئها فى طهر واحد ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج ، لأن الولد للفراش •

وان ادعى الزوج أنه من الواطىء •

فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما ، فيلحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالواطىء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وان ألحقته بالزوج لحق ولم يملك الواطىء نفيه باللعان ، وان ألحقته القافة بهما لحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه ، وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين ، فان لم يوجد قافة أو اشتبه عليهم لحق الزوج •

وجاء فى المغنى(٢) : أنه ان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبنى على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لاتقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما ، وان كانت احداهما ممن تسمع دعوتهما دون الأخرى ، فهو ابن لها كالمنفردة وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما فى اثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين •

وقال أحمد فى رواية بكر بن محمد فى يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل ترى القافة فقال ما أحسنه ، ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه ، بل أكثر لاختصاصهما بحمله

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٣ ص ٢٥٥ ، ص ٢٥٦ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد ابن حنبل ج ٤ ص ١٠٦ ، ص ١٠٧ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهامشه الشرح الكبير للخرقى ج ٦ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٥ الطبعة السابقة .

وتغذيته ، والكافرة والمسلمة الحرة والأمة فى الدعوى واحدة ، وهذا قول أصحاب الشافعى على الوجه الذى يقولون فيه بقبول دعوتهما .

وان ألحقته القافة بأمين ، لم يلحق بهما ، وبطل قول القافة ، لأننا نعلم خطأه يقينا ، وذلك لأن كونه منهما محال يقينا ، فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما ، وفارق الرجلين ، فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين فى رحم امرأة ، فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ، ولذلك قال القائل لعمر : قد اشتركا فيه ، ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه ، كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقة بأصغر منه .

وان[1] ولدت امرأتان ابنا وبنتا ، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت احتمل وجهين .

أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر .

والثانى أن يعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة ، فان لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته ، وقد قيل : لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف ، فيعتبران بطباعهما وزنتهما ، وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنها لبن الابن ، فهو ولدها ، والبنت للأخرى .

فان لم يوجد قافة ، اعتبرنا اللبن خاصة .

وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو انثيان عرضوا على القافة .

وجاء فى كشاف القناع[2] أن نفقة المولود المشتبه نسبه على الواطئين ، لاستوائهما فى امكان لحوقه بهما ، فاذا ألحق الولد بأحدهما رجع من لم يلحق به على الآخر بنفقته لتبين أنه محل الوجوب.

ويقبل قول القافة فى غير بنوة كأخوة وعمومة وخئولة ، لحديث عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا علا ماؤها ماء الرجل أشبه الولد أخواله الحديث .

ولا يختص بالعصبات ، لأن المقصود معرفة شبه المدعى للميت بشبه مناسبيه وهو موجود فيما هو أعم من العصبات .

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهامشه الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٠٥ ، ص ٤٠٦ الطبعة السابقة .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٣٩ الطبعة السابقة.

ومن له امتان [1] لكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة ولم يقر بوطئها فقال أحد هذين ابنى أخذ بالبيان فان عين أحدهما ثبت نسبه وحريته ويطالب ببيان الاستيلاد ، فان قال : استولدتها فى ملكى ، فالولد حر الأصل ، وأمه أم ولد ، وان قال : من نكاح أو وطء بشبهة ، فأمه رقيقة قن ، ذكره فى الكافى وغيره، وترق الأخرى وولدها ، وان ادعت الأخرى أنها المستولدة فالقول قوله بيمينه .

وان مات قبل البيان قام وارثه مقامه، فان لم يكن له وارث أو لم يعين الوارث عرض على القافة ، فالحق به من تلحقه به .

وان لم تكن قافة ، أو أشكل ، أقرع بينهما ، فيعتق أحدهما بالقرعة .

وقيل : أنه لا دخل للقرعة فى تمييز الانساب ، ويجعل سهمه فى بيت المال ، لأنا نعلم أن أحدهما يستحق نصيب ولده ولا يعرف عينه فلا يستحقه بقية الورثة قاله السامرى .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى [2] : ان تزوج رجلان بجهالة امرأة فى طهر واحد ، أو ابتاع أحدهما أمة من الآخر ، فوطئها ، وكان الأول قد وطئها أيضا ، ولم يعرف أيهما الأول ، ولا تاريخ النكاحين ، أو الملكين فظهر بها حمل ، فأتت بولد ، فانه ان تداعياه جميعا ، أقرع بينهما فيه ، فأيهما خرجت قرعته ، ألحق به الولد ، وقضى عليه لخصمه بحصته من الدية ، ان كان واحدا فنصف الدية ، وان كانوا ثلاثة فلهما ثلثا الدية ، وان كانوا أربعة فثلاثة أرباع الدية .

وهكذا الحكم فيما زاد ، سواء كان المتداعيان أجنبيين ، أو قريبين ، أو أبا وابنا ، أو حرا وعبدا ، فان كان أحدهما مسلما والآخر كافرا ألحق بالمسلم ، ولابد بلا قرعة .

فان تدافعاه جميعا ، أو لم ينكراه ، ولا تداعياه ، فانه يدعى له بالقافة ، فان شهد منهم واحد عالم عدل فأكثر من واحد ، بأنه ولد هذا، ألحق به نسبه ، فان ألحقه واحد أو أكثر باثنين فصاعدا ، طرح كلامهم ، وطلب غيرهم ، ولا يجوز أن يكون ولد واحد ابن رجلين ، ولا ابن امرأتين .

وكذلك ان تداعت امرأتان فأكثر ولدا .

فان كان فى يد أحدهما ، فهو لها .

وان كان فى أيديهن كلهن أو لم يتداعياه، ولا أنكرتاه أو تدافعتاه ، دعى له القافة

---

(1) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٠٠ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ١٤٨ المسألة رقم ١٩٤٥ الطبعة السابقة .

كما قلنا ، لما روى من طريق الليث ابن سعد عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين قالت : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززا نظر الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : ان بعض هذه الأقدام لمن بعض .

وجاء فى المحلى [١] : أن الحكم بالقافة فى لحاق الولد واجب فى الحرائر والاماء، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى ، اذ رأى أقدام زيد بن حارثة وابنه أسامة فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض .

مذهب الزيدية :

جاء فى التاج المذهب [٢] : أن اللقيط من بنى آدم يرد للوصف اذا وصفه بأمارات يغلب على الظن صدقه لأجلها ، ويقبل قوله ، وان لم يقم البينة على أنه ولده ، ويكون الوصف له وصفا له ولما فى يده فلا يحتاج الى بينة، فان كان بعد موته ولا ولد له ، أو ثمة واسطة ، فلابد من البينة والحكم ، فان تعدد الواصفون واستووا فى كونهم جميعا ذكورا أحرارا مسلمين ، وفى ادعائه ووصفه فى وقت واحد ، فابن لكل فرد منهم ، يرث من كل واحد ميراث ابن كامل ، ومجموعهم أب ، بمعنى أنه اذا مات هو ورثوه جميعا ميراث أب واحد ، وقوله استووا ، يعنى فان كان لأحدهم مزية بحرية أو اسلام ، فانه يكون له ولمن شاركه فى تلك المزية ، فيكون للحر دون العبد ، وللمسلم دون الكافر .

فلو كان أحد المدعيين حرا كافرا والآخر عبدا مسلما ، فانه يلحق بالعبد المسلم .

فأما لو كان أحدهما يهوديا ، والآخر نصرانيا ، فانه يثبت النسب فقط لهما لعدم المزية لا فى الدين ، فلا يلحق بأيهما لأنه قد حكم بأسلامه .

فأما لو كان أحدهما فاطميا والآخر غير فاطمى ، فلا ترجيح بذلك ، ولكن لا يصلح اماما ، ولا تحل له الزكاة .

فأما لو كان أحدهما صالحا ، والآخر فاسقا ، فانه يلحق بهما معا .

فأما لو ادعاه رجل وأمرأة ، فانه يكون أبا كاملا ، والمرأة أما كاملة .

وأما اذا ادعاه امرأتان ، فان تفردت احداهما بمزية ، لحق بها وان

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٤٣٥ المسألة رقم ١٨٠٦ الطبعة السابقة .

(٢) التاج المذهب فى أحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٤٥٢ ، ص ٤٥٣ الطبعة السابقة وشرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٤ ص ٦٩ ، ص ٧٠ الطبعة السابقة .

لم تنفرد ، فلا يلحق بأيهما ، سواء بينتا أم لا ، لأن كذب احداهما معلوم ، الا أن يصدق احداهما بعد بلوغه ، فانه يلحق بها ، بخلاف الرجلين ، فهو يمكن أن يكون منهما ٠

فلو التقطه اثنان وتشاجرا فى حضانته ، كان على رأى الحاكم ، اما عين أحدهما ، والا أقرع بينهما ، وليس له أن يتناوباه ، لأن ذلك اضرار به لوحشته واختلاف غذائه ٠

ويحكم[1] لمن حمل به فى الكفر من أبويه بالكفر ، لأن أمه علقت به وهى كافرة وأبوه كافر ، والولد يلحق بأبويه فى الكفر والاسلام ٠

فلو أتت به لستة أشهر من الوطء بعد الردة ، أو لثلاثة أشهر قبلها ، وثلاثة أشهر بعدها ، حكمنا بكفر الولد حينئذ ٠

فان أتت به لدون ستة أشهر ، أو التبس عدد الشهور حكمنا باسلامه٠ قال فى شرح الأزهار[2] : لأن كل مولود يولد على الفطرة ٠

ويحكم للملتبس[3] حاله هل هو مسلم أم كافر بالدار التى هو فيها حيث لا قرينة ، فان كانت دار اسلام حكم له بالاسلام ، ولو وجد فى كنيسة أو بيعة ، وان كانت دار كفر حكم له بالكفر ٠

مذهب الأمامية :

جاء فى شرائع الاسلام[4] : أنه اذا وطىء اثنان امرأة وطئا يلحق به النسب ، فأما أن تكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر ، أو مشتبهة عليهما ، أو يعقد كل واحد منهما عليها عقدا فاسدا ، ثم تأتى بولد لستة أشهر فصاعدا مالم يتجاوز أقصى الحمل ، فحينئذ يقرع بينهما ، ويلحق بما تعينه القرعة سواء كان الواطئان مسلمين ، أو كافرين ، أو عبدين، أو حرين ، أو مختلفين فى الاسلام والكفر والحرية والرق ، أو أبا وابنه ، هذا اذا لم يكن لأحدهما بينة ، ويلحق النسب بالفراش المنفرد ، والدعوى المنفردة ، والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبينة ، ومع عدمها بالقرعة ٠

وجاء فى الخلاف[5] : أنه اذا اشترك اثنان فى وطء امرأة فى طهر واحد ،

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٤ ص ٤٦٥ ، ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .

(٢) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٥٨٠ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب لأبى القاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٤ ص ٤٦٦ الطبعة السابقة

(٤) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ٢٣٠ الطبعة السابقة .

(٥) من كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى ج٢ ص ٦٤٤ ، ص ٦٤٥ المسألة رقم ٢٣ الطبعة السابقة .

وكان وطئا يصح أن يلحق به النسب ، وأتت به لمدة يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته ألحقناه به ، وبه قال على عليه السلام ، وذلك لا جماع الفرقة وأخبارهم ، فانهم لا يختلفون فى ذلك ، ولا نعتمد فى ذلك على قول القافة ، لأن القافة لا حكم لها فى الشرع ، لما روى أن العجلانى قذف زوجته بشريك بن السحماء وكانت حاملا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه الا أنه قد كذب عليها ، وان أتت به على نعت كذا وكذا فهو من شريك بن السحماء فأتت به على النعت المكروه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الايمان لكان لى ولها شأن ، فوجه الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم عرف الشبه ، ولم يعلق الحكم به ، فلو كان له حكم لكان يعلق الحكم به فيقيم الحد على الزانى ، فلما لم يفعل هذا ثبت أن الشبه لا يعلق به حكم .

والدليل على أن الولد لا يلحق برجلين قول الله تبارك وتعالى « يأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى [1] » فلا يخلو أن يكون كل الناس من ذكر وأنثى ، أو كل واحد منهم من ذكر وأنثى ، فبطل أن يريد كل الناس من ذكر وأنثى لأن كل الناس من ذكر واحد ، وهو آدم عليه السلام خلق وحده ، ثم خلق حواء من ضلعه الأيسر ، ثم خلق الناس منهما ، فاذا بطل هذا ثبت أنه أراد خلق كل واحد من ذكر وأنثى ، فمن قال من أنثى وذكرين فقد ترك الآية .

وجاء فى الروضة البهية [2] : أنه لو تداعى بنوة اللقيط اثنان ولا بينة لأحدهما ، أو لكل منهما بينة ، فالقرعة لأنه من الأمور المشكلة ، وهى لكل أمر مشكل ، ولا ترجيح لأحدهما بالاسلام ، وان كان اللقيط محكوما باسلامه ظاهرا على قول الشيخ فى الخلاف ، لعموم الأخبار فيمن تداعوا نسبا لتكافؤهما فى الدعوى .

ورجح فى المبسوط دعوى المسلم ، لتأييدها بالحكم باسلام اللقيط على تقديره ، ومثله تنازع الحر والعبد مع الحكم بحرية اللقيط ، ولو كان محكوما بكفره أو رقه اشكل الترجيح ، وحيث يحكم به للكافر يحكم بكفره على الأقوى للتبعية ، وكذا لا ترجيح بالالتقاط ، بل الملتقط كغيره فى دعوى نسبه ، لجواز أن يكون قد سقط أو نبذه ، ثم عاد الى أخذه ، ولا ترجيح لليد فى النسب ، نعم لو لم يعلم كونه ملتقطا ، ولا صرح ببنوته ، فادعاه غيره فنازعه ، فان قال : هو لقيط وهو ابنى فهو سواء وان قال : هو ابنى

---

(١) الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٢٤٢ الطبعة السابقة .

واقتصر ولم يكن هناك بينة على أنه التقطه فقد قرب فى الدروس ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد •

وجاء فى شرائع الاسلام (١) : أنه لو تشاح ملتقطان مع تساويهما فى الشرائط أقرع بينهما ، اذ لا رجحان ، وربما انقدح الاشتراك ، ولو نزل أحدهما للأخر صح ، ولم يفتقر النزول الى اذن الحاكم ، لأن ملك الحضانة لا يعدوها •

واذا التقطه اثنان ، وكل واحد منهما لو انفرد أقر فى يده وتشاحا فيه ، أقرع بينهما سواء كانا موسرين ، أو أحدهما حاضرين ، أو أحدهما ، وكذا ان كان أحد الملتقطين كافرا ولو وصف أحدهما علامة لم يحكم له •

واذا ادعى بنوته اثنان ، فان كان لأحدهما بينة حكم بها ، وان أقام كل واحد منهما بينته أقرع بينهما ، وكذا لو لم يكن لأحدهما بينة ، ولو كان الملتقط أحدهما ، فلا ترجيح باليد ، اذ لا حكم لها فى النسب ، بخلاف المال ، لأن لليد فيه أثرا •

واذا اختلف كافر ومسلم ، أو حر وعبد فى دعوى بنوته •

قال الشيخ : يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد •

وفيه تردد •

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل (٢) : أنه ان ولدت امرأتان مسلمتان أو مشركتان ، أو احداهما مسلمة والأخرى مشركة ، حرتان أو أمتان ، أو احداهما حرة والأخرى أمة ، زوجان ، أو احداهما زوج والأخرى سرية ، وكذا الأزواج فى بيت أو غيره ، فماتتا هما أو احداهما أو حييتا معا ، ولا يفرز ولداهما ، فاختلف أبواهما ، أو أماهما ، أو أولياؤهما على الولدين ، سواء كانا ذكرين ، أو أنثيين أو أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، أو تنازعا فى الحى منهما ، ان مات الآخر ، أو ماتا معا ، وهذا لأمر التجهيز والدفن ، ولا يقعد أحدهما للآخر ، فالولدان خليطان ، وكذا ثلاث نسوة فأكثر لثلاثة رجال فأكثر ، وامرأتان فأكثر لرجل، وولدان فأكثر لامرأة مع ولد فصاعد الأخرى•

وقيل : يحكم بالشبه أو القافة •

وأما لغيرهما فهما قاعدان لغيرهما ، وكذا ناقتان ، أو شاتان ، أو بقرتان ، أو غير ذلك فصاعدا ولدتا بمحل ليلا ،

---

(١) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٦٨٩ ، ص ٦٩٠ ، ص ٦٩١ الطبعة السابقة .

أو فى ظلمة ، أو فى نهار ضوء لكن لم يحضروا ولادتهما ، فاختلط أولادهما ، فاختلف أصحابهما ولو وجد أتباع من نتاج الأمهات ، أو من أمهات النتاج ، أى لا يحكم باتباع الاولاد الأمهات ، أو باتباع الأمهات الأولاد ، فلا تعود لأربابها بالتبع ، فالأولاد مال مختلط يصلحون فيه ، وذلك لأن الأولاد كلها تبعت الأمهات كلهن ، أو الأمهات كلهن تبعن الأولاد كلها ، أو الولد تبع الأمهات كلهن ، أو تبعت أم منهن كل الأولاد ، ونحو ذلك من صور التعدد •

وقيل : يحكم بالشبه •

وأما ان انفردت احداهما أى احدى الأمين وكذا احدى الأمهات عن المحل بأحد الأولاد فى الاتباع تبعته أو تبعها ، ودخل فى ذلك ما لو كان كل واحد يتبع غير ما يتبع الآخر فربها أقعد فيه أى فى الولد ، لعلة الاتباع ، فيبقى الآخر للآخر أو الباقى للباقين ، الا ان كانت احدى الأمهات ولدت اثنين فأكثر ، والأخرى ولدت واحدا فصاعدا ، فانه يقعد فى الذى تبع دابته أو تبعته ، ويشترك فى الباقى بواحد شركة خلطة ، وكذا ان مات احداهما وعاش الآخر على ما مر من أنه ان مات أحد الولدين ، واختلف أصحابهما فى الحى كل يدعيه فلا يقعد أحدهما فى الحى ولا فى البيت ، بل شركة خلطة فيهما تبعتا الحى ، أو تبعهما ، أو لم تتبعاه ، ولم يتبعهما وان تبعته احداهما ، أو تبع أحداهما قعد فيه ربها ، وان ماتتا ووجد ولد واحد فهو مختلط فى الآدميات أو البهائم •

ثم قال : وقعد رب مرضعة فى رضيعها ولو وقفت حولها أخرى تلحسه أو تتحنن عليه ، لأن الرضاعة أقوى من ذلك •

ولا يحكم فى بنى آدم بقبول الولد لأحدى المرأتين ، وان رضعهما معا ، أو اتبعهما معا فشركة •

الاشتباه فى الغصب

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أن الغاصب لو خلط دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ، ضمن مثلها وملك المخلوط ، لأنه أتلفها بالخلط ، وان مات كان ذلك لجميع الغرماء ، والمغصوب منه أسوة الغرماء ، لأنه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب •

ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعة ، فلا يضمن ، وهو شريك للمغصوب منه ، لأن الاختلاط من غير صنعة هلاك ، وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها ، وصارا شريكين ، لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز •

ولو أن رجلا له كران اغتصب رجل

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ١٦٦ الطبعة السابقة .

أحدهمـــا ، ثم أن المـــالك أودع الغـــاصب ذلك الآخـــر ، فخلطـــه بكر الغصب ، ثم ضاع ذلك كله ، ضمن كر الغصب ، ولم يضـــمن كر الوديعـــة بسبب الخلط لأنه خلط ملكه بمـــلكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضـــمان عليه بسبب الخلط وبقى الكر المضمون وكر الأمانة فى يده على حالهمـــا ، فصـــار كأنهمـــا هلكـــا قبل الخلط .

وجـــــاء فى الفتــــاوى الهنديــــة [١] : أن الغاصب اذا خلط المغصوب بمـــال نفســـــه أو بمـــال غيره فهـــو على ضربين :

خلط ممازجة ، وخلط مجاورة .

أمـــا خلط الممازجة فهو على ضربين :

خلط لا يمكن التمييز بينهمـــا بالقســـــمة كخلط دهن الجـــوز بدهن البـــذر ، ودقيـــق الحنطـــة بدقيق الشعير ، فالخالط ضامن ، ولا حق للمالك فى المخلوط بالاجماع .

وان أمكن التمييز بينهمـــا بالقســـمة كخلط الجنس بالجنس مثل الحنطة بالحنطة ، واللبن باللبن ، فكذلك عنـــد أبى حنيفـــة رحمـــــه الله تعـــالى ، وعندهمـــا المالك بالخيـــار ، ان شاء ضمنه مثل حقه ، وان شـــاء شـــاركه فى المخلوط ، واقتسماه على قـــدر حقهما .

وأمـــا خلط المجـــاورة فهـــو على ضربين

خلط يمكن التمييز معـــه بلا كلفة ومشقة .

وخلط لا يمكن التمييز معه الا بكلفة ومشقة .

فان أمـــكن التمييز بينهمـــا بـــلا كلفـــة ومشـــقة كخلط الدراهم بالدنـــانير ، والبيض بالســـود لا يضـــمن الخالط ، ويميز .

وان لـــم يمكن التمييز الا بكلفـــة ومشقة، كخلط الحنطـــة بالشـــعير ، ذكر فى الـــكتاب أنـــه يضمـــن الخالط ، ولـــم يذكر الخيـــار للمالك نصـــــا .

ثم اختلفوا .

قيل : هـــذا قولهمـــا .

وفى قول أبى حنيفـــة رحمه الله تعـــالى : لا يشترك ، لأن الحنطـــة لا تخلو عن حبـــات الشـــعير ، فيكون خـــــالط الجنس بالجنس فيملك عنـــده .

وقيل : له الخيـــار عندهم جميعـــا .

وقيل : الصحيح أنهما لا يشتركان عندهم جميعـــا .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدســـوقى على الشرح [٢] الكبير : أن من زرع أرضـــا بوجـــه شـــبهة ،

---

(١) الفتـــاوى الهنـــدية المسماه بالفتـــاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان للأوزجندى ج ٥ ص ١٣٢ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدســـوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

بأن اشتراهـا ، أو ورثها ، أو اكتراهـا من غاصب ، ولم يعـلم بغصـبه ، ثم استحقهـا ربهـا قبـل فـوات مـا تـراد لـه تلك الأرض ، فليس للمستحق الا كراء تلك السنة ، وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع غير متعد •

فان فات الابـان ، فليس للمسـتحق على الزارع شيء ، لأنـه اسـتوفى منفعتهـا ، والغلة لذى الشـبهة ، والمجهول للحكم •

واذا جهـل حال الزارع ، هل هو غاصب أم لا ؟ فكالتى قبلهـا ، حمـلا له على أنـه ذو شـبهة ، اذ الأصـل فى النـاس عـدم العـداء [1] •

والغلة لذى الشـبهة من مشتر ، ومـكتر من غاصب لم يعلمـا بغصبه ، لا وارثه مطلقا ، كموهوبة ان أعسر الغاصب ، ولا من أحيـا أرضـا يظنهـا مواتا ، فلا غلة لهم ، ولـذا قال أبو الحسـن : الغلة لا تكون لـكل ذى شـبهة ، أو المجهـول حاله ، هل هو غاصب ، أو هل واهبـه غـاصب ، أم لا ، للحـكم بالاسـتحقاق على من هى بيده ، ثم تكون للمسـتحق والوارث من غير الغاصب ، بل من ذى شـبهة أو مجهول ، أو من مشـتر من نحـو غاصب •

وأمـا وارث الغـاصب فـلا غلـة لـه اتفاقـا •

وموهوب من غير غاصب أو منـه ان أيسر الغاصب ، لا ان أعسر •

فـلا غلة لموهـوبه ومشـتر من الغاصـب اذا تحقق عـدم علمهم ، أو جهـل علمهم ، لحملهم على عـدم العـلم ، فالغلة لهم الى يـوم الحـكم بهـا للمسـتحق ، فان علمـوا فلا غلـة لهم بل تكون للمسـتحق •

وان انفـذت [2] وصـية ميت اسـتحقت رقبته بعـد موته برق ، وكان قـد أوصى بوصايا ، أنفـذ وصـيه قبـل الاستحقاق ، لـم يضمن وحتى صرف المـال فيمـا أمـر بصرفه فيـه ، والا ضـمن ، ولا يضـمن ، حـاج حج عنـه بأجـره من تركتـه كما أوصى ، ان اشـتهر الميـت أيـام حيـاته بين النـاس بالحـرية ، ولم يظهـر عليـه شيء من أمـارات الـرق ، بل ولـو جهـل حـاله علـى الأرجـح ، لأن الأصـل فى النـاس الحـرية لـكن رجح أن الحـاج اذا عينـه الميت لم يضمن ، وان لم يعرف بالحـرية ، وأخـذ السـيد المسـتحق الميـت ما كان باقيـا من تركـته لم يبـع ، وما بيـع وهو قائم بيـد المشـترى لـم يفت بالثمـن الـذى اشـتراه به المشـترى ولا ينقض البيـع ، فيدفـع السـيد الثمن للمشـترى ، ويرجـع بـه علـى الوصى الـذى باعـه به ، ان كان باقيـا بيـده ، أو صرفه فى غـير مـا أمـر بـه شرعا ، والا لم يرجع عليـه بشيء كمـا تقـدم •

وكمشـهود بمـوته تصرف وارثـه ، أو وصـيه فى تركتـه ، وتزوجت زوجتـه ، ثم

(١) المرجع السابق للدسوقى ج ٣ ص ٤٦٤ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٢ ، ص ٤٧٣ الطبعة السابقة . .

قـدم حيـا ان عذرت بينة الشـاهد بموته فى دفـع تعمـد الكـذب عنهـا بأن رأته صريعـا فى المعـركة ، فظنـت موتـه ، أو مطعونا فيهـا ، ولم يتبين لهـا حيـاته ، أو نقلـت عن غيرهـا ، فانه يأخـذ ما وجـد من مالـه ، ويأخـذ مـا بيـع بالثمـن ان كان قائمـا بيـد المشـترى لـم يفت ، والا بأن لم يعـرف الأول بالحـرية ، ولم تعـذر بينة الثـانى ، فالآخـذ لشىء كالمشـترى من الغاصـب ، فيأخـذ ربـه مـا وجـده ان شـاء ، وان شـاء أخـذ الثمـن ، سـواء فات أو لم يفت ، وترد له زوجتـه ولو دخل بهـا غيره ٠

وما فات بيـد المشـترى فى المسـألتين ، فالثمن يرجـع به للمسـتحق للميت والمشـهود بمـوته على الوصى ان لـم يصـرفه فيمـا أمـر به شرعا ٠

والمـراد بالفـوات هنـا ذهـاب العين ، أو تغير الصـفة كمـا أشـار له بقـوله : كمـا لو دبر المشـترى العبـد ، وأولى ان أعتقـه ، أو كبـر صـغير عنـده فيتعـين أخـذ الثمـن ، بخـلاف قـوله : والا فكالغاصـب ، فلـه أخـذه ، أو الثمـن ، ولـو اعتقـه أو كاتـبه أو أولدهـا فلـه أخـذها ، وقيمـة الولد ٠

مذهب الشافعيـة :

جـاء فى المهـذب [1] أنه ان غصب شخص شـيئا فخلطه بمالا يتميز منـه من جنسـه بأن غصـب صـاعا من زيت فخلطه بصـاع من زيته ، أو صـاعا من الطعـام فخلطـه بصـاع من طعـامه ، نظرت ٠

فان خلطـه بمثلـه فى القيمـة ، فلـه أن يدفـع اليـه صـاعا منـه ، لأنـه تعـذر بالاختـلاط عين مالـه ، فجـاز أن يدفـع اليه البعض من ماله ، والبعض من مثله ٠

وان أراد أن يدفـع اليـه مثلـه من غيره وطلب المغصـوب منـه مثله منـه ففيـه وجهـان ٠

أحـدهما ، وهو المنصـوص : أن الخيـار الى الغاصـب لأنـه لا يقـدر علـى رد عين ماله ، فجـاز أن يدفع اليـه مثلـه ، كمـا لـو هـلك ٠

والثـانى وهـو قـول أبى اسـحاق ، وأبى علـى بن أبى هـريرة : أنـه يلزمه أن يدفـع اليـه صـاعا منـه ، لأنه يقـدر أن يدفـع اليـه بعض ماله ، فـلا ينتقـل الى البـدل فى الجميـع ، كمـا لو غصـب صـاعا فتلف بعضـه ٠

وان خلطه بأجـود منـه ، فان بذل الغاصب صـاعا منـه ، لزم المغصـوب منـه قبوله لأنه دفـع اليـه بعض ماله ، وبعض مثلـه خـيرا منـه ٠

وان بذل مثلـه من غيره ، وطلب المغصـوب منـه صـاعا منـه ، ففيـه وجهـان ٠

---

(١) من كتاب المهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ١ ص ٣٧١ وما بعدها الطبعة السابقة .

أحدهما وهو المنصوص فى الغصب أن الخيار الى الغاصب : لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط ، فقبل منه المثل .

والثانى : أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، وهو المنصوص فى التفليس ، لأنا اذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما الى عين ماله ، واذا أمكن الرجوع الى عين المال ، لم يلزم الرجوع الى البدل ، فان كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله ، استوفى قيمة صاعه ، ودخل النقص على الغاصب ، لأنه نقص بفعله ، فلزمه ضمانه .

وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه أن يدفع اليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ما له ففيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز ، وهو قول أبى أسحاق ، لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا .

والثانى : أنه يجوز ، لأن الربا انما يكون فى البيع ، وليس ها هنا بيع ، وانما يأخذ هو بعض حقه ، ويترك بعضه ، كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه ، وترك البعض وان خلطه بما دونه ، فان

طلب المغصوب منه صاعا ، وامتنع الغاصب ، أجبر على الدفع ، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا .

وان طلب مثله من غيره ، وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله ، لأن المخلوط دون حقه ، فلا يلزمه أخذه .

ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما الى عين ماله ، وان نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ، ضمن الغاصب تمام القيمة لأنه نقص بفعله .

وان غصب شيئا فخلطه بغير جنسه أو نوعه .

فان أمكن تمييزه كالحنطة اذا اختلطت بالشعير ، أو الحنطة البيضاء اذا اختلطت بالحنطة السمراء ، لزمه تمييزه ورده ، لأنه يمكن رد العين ، فلزمه .

وان لم يمكن تمييزه كالزيت اذا خلطه بالشيرج ، لزمه صاع من مثله ، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط ، فعدل الى مثله .

ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما الى عين ماله ، كما قلنا فى القسم قبله .

وان غصب دقيقا فخلطه بدقيق له ففيه وجهان .

أحدهما : أن الدقيق له مثل ، وهو

قـــول : أبى العباس وظـــاهر النص ، لأن تفاوته فى النعـــومة والخشـــونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطـــة فى صـــغر الحب وكبره ، فعلى هذا يـــكون حكمه حـــكم الحنطـــة اذا خلطهـــا بالحنطـــة .

والثـــانى : أنه لا مثـــل له وهـــو قـــول أبى أســـحاق لأنه يتفـــاوت فى الخشـــونة والنعـــومة ولهـــذا لا يجـــوز بيـــع بعضـــه ببعض .

فعلى هـــذا اختلف أصحابنا فيمـــا يلزمه .

فمنهم من قـــال : يلزمه قيمتـــه لأنه تعذر رده بالاختـــلاط ، ولا مثـــل لـــه ، فوجبت القيمـــة .

ومنهم من قـــال : يصـــيران شريكين فيـــه فيبـــاع ، ويقســـم الثمن بينهمـــا ، عـــلى ما ذكرناه فى الزيت اذا خلطـــه بالشيرج .

مذهب الحنـــابلة :

جاء فى كشـــاف القناع [1] : أن الغاصـــب ان خلط المغصـــوب بماله على وجـــه لا يتميز فيـــه المغصـــوب عن غيره ، مثـــل أن يخلط حنطـــة بمثلهـــا أو يخـــلط دقيقـــا بمثلـــه ، أو زيتـــا بمثلـــه ، أو نقـــدا بمثلـــه ، لزم الغاصـــب مثـــل المغصـــوب المختـــلط مـــن المغصـــوب وغـــيره ، لأنه قـــدر على دفـــع بعض ماله اليـــه مع رد المثـــل فى البـــاقى ، فلم ينتقـــل الى بدله فى الجميـــع ، كمـــا لو غصب صـــاعا ، فتلف بعضـــه .

ولا يجـــوز للغاصـــب أن يتصرف فى ماله منـــه بدون اذن المغصـــوب منـــه ، لأنهـــا قســـمة ، فلا تجوز بغير رضـــا الشريكين .

ولا يجـــوز أيضـــا للغاصـــب أن يخـــرج قـــدر الحـــرام مـــن المختـــلط بدون اذن المغصـــوب منـــه ، لأنه اشـــتراك ، فـــلا يقاســـم نفســـه لا اســـتهلاك .

وأنكر الامـــام قـــول من قال : يخـــرج منه قـــدر ما خالطـــه .

هـــذا ان عـــرف ربه .

فـــان لم يعـــرف ، تصـــدق به عن ربه ، ومـــا بقى حـــلال ، وان عبر الحـــرام الثلث قـــال أحمـــد فى الذى يعـــامل بالربا يأخـــذ رأس ماله ، ويرد الفضـــل ان عـــرف ربه ، والا تصـــدق به ، ولا يؤكل عنـــده شىء .

وان شـــك فى قـــدر الحـــرام تصـــدق بمـــا يعـــلم أنه أكثر منـــه ، نص عليـــه .

وان خلط المغصـــوب بدونه من جنســـه ، أو خلطه بخير منـــه من جنســـه ، أو خلطه بغير جنســـه مما له قيمـــة ولو بمغصـــوب مثله لآخـــر ، وكان الخلط على وجـــه لا يتميز كزيت بشـــيرج ، فمالكا المخلـــوطين شريكان بقدر قيمتهمـــا ، فيباع الجميـــع ، ويدفع الى

---

(١) كشـاف القناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٥٠ ، ص٣٥١ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٤٦ الطبعة السابقة .

كل واحـد قـدر حقـه ، كاختلاطهما مـن غير غصب ، لأنه اذا فعل ذلك وصـل كل منهما الى حقـه ، فان نقص المغصـوب عن قيمتـه منفـردا فعـلى الغاصـب ضـمان النقص ، لأنه حصـل بفعله .

وان خلطه بمـا لا قيمـة له كزيت بمـاء .

فـان أمـكن تخليصـه ، خلصـه ورده ونقصـه .

وان لـم يكن تخليصـه أو كان يفسـده فعليـه مثله .

وان اختـلط درهم لانسـان بدرهمـين لآخـر مـن غـير غصـب ، فتلف درهمـان اثنـان ، فما بقى وهو درهم فهـو بينهمـا نصـفين ، لأنه يحتمـل أن يـكون التالف الدرهمـين ، فيختص صـاحب الدرهم به ، ويحتمـل أن يـكون التالف درهمـا لهـذا ، ودرهما لهـذا ، فيختص صـاحب الدرهمين بالبـاقى ، فتسـاويا ، لا يحتمل غير ذلك ، ومـال كل واحـد منهمـا متميز قطعـا ، بخـلاف المسـائل المتقـدمة ، غـايته أنه أبهم علينـا ، ذكره فى الأنصـاف .

وقال فى تصحيح الفـروع قلت ويحتمـل القـرعة وهـو أولى ، لأنـا متحققـون أن الدرهم لواحـد منهما لا يشركه فيـه غيره ، وقـد اشـتبه علينـا فأخرجناه بالقـرعة ، وان خلط المغصـوب بغير جنسـه فتراضـيا على أن يأخذ المغصوب منـه أكثر من حقـه أو أقـل منـه .

جـاز ، لأن بدلـه من غـير جنسـه ، فـلا تحـرم الزيـادة بينهمـا ، بخـلاف ما لـو خلطـه بجيـد ، أو ردىء ، واتفقا على أن يأخـذ أكثر من حقـه من الردىء ، أو دون حقـه من الجيـد ، لـم يجـز ، لأنه ربا ، وان كان بالعكس فرضى بأخـذ دون حقـه من الردىء ، أو سـمح الغاصب بدفع أكثر مـن حقـه مـن الجيـد ، جـاز ، لأنه لا مقـابل للزيـادة .

مذهب الظاهرية :(١)

جـاء فى المحلى أن مـن غصـب شـيئا أو أخـذه بغير حـق ، لكن بيبيـع محـرم ، أو هبـة محـرمة ، أو بعقـد فاسـد ، أو وهـو يظن أنه له ففـرض عليـه أن يرده ان كان حـاضرا ، أو مـا بقى منـه ان تلف بعضـه ، أقله أو أكثره ، ومثـل ما تلف منـه أو يرده ، ومثـل مـا نقص من صـفاته ، أو مثـله ان فاتت عينـه ، وأن يـرد كـل ما اغتـل منـه ، وكل ما تولد منـه كمـا قلنـا سـواء سواء الحيـوان ، والـدور ، والشـجر ، والأرض ، والرقيـق ، وغـير ذلك سـواء فى كل مـا قلنـا ، فـيرد كل ما اغتـل من الشـجر ، ومن المـاشية من لبن ، أو صـوف أو نتـاج ، ومن العقـار اكداء .

وان كانت أمـة فأولدهـا ، فان كان عالما فعليـه الحـد حـد الزنـا ، ويردهـا

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ١٣٥ مسألة رقم ١٢٥٩ الطبعة السابقة .

وأولادها ، وما نقصها وطؤه ، وان كان جاهلا فلا شىء عليه من حد ولا اثم ، لكن يردها ، ويرد أولاده منها رقيقا لسيدها ، ويرد ما نقصها وطؤه : ولا شىء لكل من ذكرنا على المستحق فيما أنفق كثر أم قل .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار(١) : أن الغاصب يملك ما استهلكه بخلطه سواء خلطه بملكه أم بملك غيره ، حتى لم يتميز ، وليس من ذوات الأمثال أو فعل فيه فعلا كان سبب ازالة اسمه واذهاب معظم منافعه ، فانه يصير بذلك مستهلكا له ، فيملكه عند القاسم ، وتلزمه قيمته ان كان من ذوات القيم ، أو مثله ان كان من ذوات الأمثال ، وذلك نحو أن يغصب قطنا فغزله ، أو غزلا ، فنسجه ، أو بيضا فأحضنه ، أو حبا فطحنه ، أو بذر به فى أرض ندية تنبت ، أو سقاه أو دقيقا فخبزه ، ونحو ذلك ، ولابد من هذه القيود الثلاثة زوال الاسم ، وزوال معظم المنافع ، وكون زوالها بفعل الغاصب .

وعند المؤيد بالله أنه يأخذه صاحبه ، ولا حق فيه للغاصب ، لأن كل فعل اذا فعله المالك فى ملكه ، لم يزل به ملكه ، فانه لا يكون استهلاكا اذا فعله الغاصب ، وهو قول الناصر ، فعلى هذا لا يكون الغزل والنسج والطحن ونحوها استهلاكا عنده ، لكن يلزم الغاصب الأرش والاعتذار والاستحلال للاساءة .

واذا راضى الغاصب المالك فانه يطيب له الشىء المستهلك بعد المراضاة لمالكه .

فلو تصرف قبل المراضاة ببيع ، أو هبة ، أو نحو ذلك ، لم ينفذ تصرفه ذكر ذلك أبو مضر ، ولم يفرق بين أن تزول العين بالكلية كالنوى اذا صار شجرا أم لا ، كالحب اذا طحنه ، وهكذا عن الكافى .

وان التبس (٢) المالك مع كونه متعددا منحصرا قسمت تلك العين فيما بينهم ، لكن لا يقسم الا بعد اليأس من معرفته ، وهذا مذهب الهادوية وأحد قولى المؤيد بالله .

وقال المنصور بالله وأحد قول المؤيد بالله : أنه اذا التبس المالك صارت العين لبيت المال .

قال مولانا عليه السلام . والظاهر من مذهب الهادوية أنه لا يلزمه شىء آخر فى الباطن بعد القسمة .

---

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ٥٣٩ ، ص ٥٤٠ الطبعة السابقة .

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار وهامشه ج ٣ ص ٥٥٧ الطبعة السابقة .

وقـد يقـال : بل يلزمه لـكل واحـد قيمـة كامـلة فى البـاطن ، لأن ذمتـه مشـغولة بيقـين ، فلا تبرأ الا بيقـين .

مذهب الاماميـة :

جـاء فى شرائع الاسـلام[١] : أنه يجب رد المغصـوب ما دام باقيـا ولـو تعسر ، كالخشـبة تسـتدخل فى البنـاء ، واللـوح فى السـفينة ، ولا يلزم المالك أخـذ القيمـة ، وكـذا لـو مزجـه مزجـا يشـق تمـيزه كمـزج الحنطـة والشـعير ، أو الدخـن بالذرة ، وكلف تميـزه واعـادته ، ولـو خلط ثـوبه بخيـوط مغصـوبة ، فـان امـكن نزعهـا ، ألزم ذلك ، وضـمن ما يحـدث من نقص ، ولـو خشى تلفهـا بانتزاعهـا لضـعفها ضمن القيمـة ، وكـذا لـو خاط بهـا جـرح حيوان له حرمة ، لـم ينتزع الا مع الأرش عليـه تلفا وشـيئا وضمنها .

ولـو حـدث فى المغصـوب عيب مثـل تسـويس التمـر ، أو تخريق الثـوب رده مـع الأرش ولـو كان العيب غير مسـتقر ، كعفـن الحنطـة ، قـال الشـيخ يضـمن قيمـة المغصـوب ..

ولو قيـل يرد العـين مـع أرش العيب الحاصـل ، كلمـا ازداد عيبـا دفع أرش الزيـادة كان حسـنا ، ولـو كان بحـاله رده ، ولا يضـمن تفـاوت القيمـة السـوقية .

واذا غصب دهنـا[٢] كالزيت أو السـمن فخلطـه بمثـله ، فهمـا شريكـان ، وان خلطـه بأدون أو أجـود .

وقيـل : يضـمن المثـل لتعـذر تسـليم العـين .

وقيـل يـكون شريكا فى فضـل الجـودة ويضمن المثـل فى فضل الرداءة الا أن يرضى المالك بأخـذ العـين ، أما لـو خلطـه بغير جنسـه فـانه يـكون مسـتهلكا ويضـمن المثـل .

مذهب الاباضـية :

جـاء فى شرح[٣] النيـل : ان من جـار عليـه بـاغ يخـير ان عـلم أن ما أخـذه البـاغى ممن هـو فى يـده ، فكان فى يـده هو وتملكه وليس ملكا لـه ، كان بيـد من أخـذه ذلك الغاصـب منـه بغصـبه أى غصـبه مـن غاصـب ، وكـذا لـو كانت الغصـبة ثلاثة فصـاعداً كل واحـد يغصـب من الآخـر ، وتداوله غاصـبان أو أكثر يغصـبه مـن غاصـب هـو عمـرو ، ثم يغصـبه عمـرو مـن غاصـب منـه فى أخـذه منـه اى من الغاصـب الأخير للـرد

(١) شرائع الاسـلام فى الفقه الاسـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٥٢ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٥٤ الطبعة السابقة .

(٣) من كتـاب شرح النيل وشـفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٤٤١ ، ص ٤٤٢ ص ٤٤٣ طبع مطبعة يوسف البارونى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

لـربه ان علمــه ، أو لــم يعلمــه ، فــان تشــاكل عليه وأيس منــه أنفقــه أو أوصى به ، ولا يرده للغاصــب الأول ، ولا لغــيره من الغصــبة وانمــا ســمى الغاصــب من الغاصــب غاصــبا مــع أنــه ليس ملــكا للغاصـــب المغصــوب منــه لأن الــذى أخــذه مــن الغاصــب لــم يأخــذه ليرده لمالكه ، بــل ليــأكله ، أو يتلفــه ، أو يتصرف فيــه ، وخــير فى تركه وأخــذه ، وذكــر التخيير هنــا ، ولــم يذكره فى غاصــب من صــاحب المــال مــع أن التخيير صــحيح فيــه أيضــا ، لأن أخــذه من غاصــب من مالكه آكد •

وانمــا تجب تنجيــة مــال المســلم اذا كانت بلا قتــال •

وقيــل : لا تجب ولو بلا قتــال •

وكذا يخير فى كل مال مريب أخــذه ممن فى يده بريبــة أو أخذه غصــبا من غاصــب من مريب •

وكــذا فى كل مــال حــرام ، مثــل أن يغصــب مــال من يخالط الحــرام أو الربــا أو يغصــب الربــا أو مــا أعطى المغصوب منــه فى زنــا أو لعب ولهــو ، فان أخــذه فانما يعطيــه من انتقــل منــه الى المغصوب منــه ، ســواء غصــب من ذى ريبــة أو حــرام ، أو مــن غاصــب أو أكثــر عــن ذى ريبــة أو حــرام •

ووجــه ذلك ونحــوه أن النهى عــن المنكر بقــدر الطاقة ، فاذا أطلق بيــده فعــل بيده كهــذه المســائل •

وحل لمن جــار عليــه باغ دفاعه وقتــاله من مــال آخــذه لا يحــل له أخــذه ولــو ريبة ولو لم يعــلم ربه ويعمــل فيه بعــلم ان نزعــه منــه بأن يعطيــه ربه أو الفقــير ان لم يعلمــه ، أو ثمنــه ، أو يوصى بــه ، أو يعطيــه لمن هــو فى يده بالريبة ، ولا يزكيه •

وقيــل : يزكيه ان تم فيــه النصــاب ، أو عــلم صـــاحبه أنه تم عنــده اذا كان ممــا يزكى ، والا فحتى يعــلم أنه يتجــر فيــه •

والصــحيح أنه لا يزكيــه ، لأن صــاحبه ممنــوع عنــه •

ثم قــال : ومــن طلب باغيــا على ماله ، أو مــال غيره وجمع له رجــالا يقــاتله بهم ، أو قاتلــه وحــده ، أو مــع واحــد ، أو اثنــين ، وقتــله بنفســه ، أو بغــيره ، أو لــم يقتــله ، ووجــد ما أخــذه ذلك البــاغى مــال غــيره ، وكان يطلبــه علــى مــال نفســه ، وعلى مــال نفســه قاتل ، ووجــد ما أخــذه البــاغى مــال رجل آخــر مثــلا غير مــال الرجــل الذى يطلب لــه ماله أو عــلم ذلك قبــل قتاله ، فعــلم أن ما أخــذه الغاصــب غير مالــه ، وكــذا ان عــلم أنه مــال رجــل غير الرجــل الذى يطلب لــه ، أو عــلم باختــلاطه ، أى باختــلاط مالــه بمــال غيره ، أو باختــلاط مــال رجــل بمــال رجــل مثــلا ، أو باختــلاط مال الغاصــب بمــال الطالب ، أو مــال رجــل يطلب لــه ذلك الطالب ماله ، أو مــال الغاصــب بمــال الطــالب ، أو مــال رجــل يطلب لــه ذلك الطالب مالــه ، أو مــال رجــل آخــر ، أو

اختلاط ذلك كله ، أو بعضه من باقى الصور التى ذكرت ، أو لم يعلم بالاختلاط فى أى صورة فرضت ، حتى أخذها من الغاصب ، أو قاتل ، أو علم باختلاط أموال بيده •

وكذا مظنة الاختلاط ، بأن علم أن ما بيد الغاصب من ماله نوعين فصاعدا كتمر وغنم ، أو ماله ومال غيره كذلك ، كتمره وغنم غيره ، أو مال غيره ، كتمر رجل وغنم رجل وكذا أنواع ، جاز فى ذلك كله القتال والقتل ، وهجومه على ذلك الغاصب وغيره على غفلة ، أو نوم أو نحوه أو أشتغال ، فاذا نزع مختلطا فرزه وواصل كلا بيد صاحبه ، أو فقير ان لم يعلم ، وحزر ماله ، ورد للغاصب ماله ، وان لا يفرز هذا المختلط استعمل فيه القسمة ، لأن القسمة تكون فى المال المختلط الذى يعسر فرزه ، كشعير وبر ، أو يستحيل فرزه كزيت بزيت •

الاشتباه فى بلوغ الصبى

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أن البلوغ يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال •

وفى الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل •

فان لم يوجد شىء من ذلك فيعتبر بالسن والاحتلام ، والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة •

فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم ان ذلك لآفة فى خلقته ، والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره فى لزوم الأحكام •

وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة ، فرده ، وعرض وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم خمس عشرة سنة حدا للبلوغ •

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التى ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ، ويقع اليأس عن وجوده •

وانما يقع اليأس بهذه المدة لأن الاحتلام الى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال ، على هذا أصول الشرع ، فان حكم الحيض لما كان لازما فى حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ، ويجب الانتظار لمدة اليأس ، لاحتمال عود الحيض •

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧١ ، ص ١٧٢ الطبعة السابقة .

وكــذا التفــريق فى حــق العنين لا يثبت ما دام طمــع الوصــول ثابتــا ، بل يؤجــل ســنة ، لاحتمــال الوصــول فى فصـــول الســنة ، فــاذا مضــت الســنة ، ووقــع اليأس الآن ، يحــكم بالتفــريق •

وكــذا أمر الله ســبحانه وتعــالى باظهار الحجج فى حــق الكفار ، والدعاء الى الاســلام الى أن يقــع اليــأس عن قبولهم فمــا لم يقــع اليــأس لا يبــاح لنـــا القتــال ؛ فكذلك ههنــا ما دام الاحتــلام يرجى يجب الانتظـــار ، ولا يأس بعــد مــدة خمس عشرة ســنة الى هــذه المــدة ، بــل هــو مرجــو فلا يقطــع الحــكم الثابت بالاحتلام عنــه مــع رجــاء وجوده ، بخلاف ما بعــد هــذه المدة ، فانه لا يحتمــل وجــوده بعدها، فلا يجــوز اعتبــاره فى زمــان اليــأس عن وجــوده •

وأمــا الحديث فــلا حجــة فيــه ، لأنه يحتمــل أنه أجاز ذلك لمــا علم النبى صــلى الله عليــه وسلم أنه احتــلم فى ذلك الوقت ، ويحتمــل أيضــا أنه أجــاز ذلك لمــا رآه صــالحا للحــرب ، محتمــلا له على ســبيل الاعتيــاد للجهــاد ، كمــا أمرنا باعتبــار ســائر القــرب فى أول أوقــات الامــكان والاحتمــال لهــا ، فــلا يــكون حجة مع الاحتمــال •

واذا أشــكل أمــر الغــلام المراهق فى البلوغ فقــال : قــد بلغت يقبل قــوله ، ويحكم ببــلوغه ، وكذلك الجــارية المراهقة ، لأن الأصــل فى البــلوغ هو الاحتــلام على ما بينــا ، وأنه لا يعــرف الا من جهتــه ، فالزمت الضرورة قبــول قــوله ، كمــا فى الأخبــار عن الطهــر والحيض •

مذهب المــالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى[1] عليــه : أن الصبى يصــدق فى شــأن البلوغ طالبــا أو مطــلوبا ، كمطلق وجــان ادعى عــدمه ، لدرء الحــد بالشــبهات ، وكمدع وجــوده ، ليأخــذ ســهمه فى الجهــاد ، أو ليؤم النــاس أو ليكمــل به عــدد جمــاعة الجمعــة ، ولــو بالانبــات ، أن لــم يرب ولم يشــك فى صــدقه فيمــا أخبر به •

فان ارتيب فيــه لم يصــدق ، لكن فيمــا يتعــلق بالأمــوال ، كأن ادعى البـــلوغ ليأخــذ ســهمه ، أو ادعى عليــه أنــه أتلف مالا أؤتمن عليــه وأنــه بالغ فأقــر بذلك ، وخالفه أبــوه فى بلوغه ، فــلا ضــمان عليــه وصـــدق فى غــير الأمــوال كالجنــاية والطــلاق فلا يقــع عليــه ان ادعى عــدم البلوغ لدرء الحدود بالشــبهات ، واستصحابا للأصــل ، فــان ادعى وجــوده صــدق فى الطــلاق فقط دون الجنــاية ، لأن الريبــة فى قــوله شــبهة تدرأ الحــد عنــه •

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ٢٩٣ ، ص ٢٩٤ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

مذهب الشافعية :

جـاء فى الفتـاوى الكبرى [١] : أنه اذا شـهدت بينة بـأن فلانـا بالغ بالسـن ، وبينـة أخـرى بأنه لـم يبلـغ به ، أو بأن عمـره ثلاث عشرة سـنة ، فهل تـكون من شـهادة النفى مقبـولة أولا ، وهل يفـرق بين الصـورتين ، وان قيـل هـذا فمـا صـورة شـهادة النفى المقبـول وغيره ؟

الذى صرحوا به : أنه لابد فى الشـهادة بالبلوغ بالسـن من كون الشاهدين خبيرين ، وأنه لابد من ذكرهمـا لعـدد السـنين ، لاختـلاف العلمـاء فى سـن البلـوغ ، فحينـئذ اذا تعارضـت بينتان ، فـان كانت احداهمـا خبيرة به دون الأخـرى ، قدمت الخبيرة على الأخـرى ، وكـذا اذا أطلقت احداهمـا وعينت الأخـرى ، فقـدم المعينـة على المطلقـة ، وان كانتا خبـيرتين وعينتـا ، كأن قـالت واحـدة سـنه خمس عشرة سـنة ، وقالت الأخـرى سـنه أربع عشرة سنة قدمت الأولى ، لأن معهـا زياده علم بكونهـا ناقلة أصـل بقـاء الحمـل فى البطـن ، والأخـرى مستصـحبة لبقـائه فيهـا ، والناقلة مقدمـة على المستصحبة ، كمـا صرحـوا به •

نعم ان عينت زمنـا للـولادة ، بأن قالت ولـد وقت كذا ، وقالت الأخـرى شاهدنا أمـه فى ذلك الوقت ، وهى غـير والـدة تعارضتا وتساقطتا •

وبمـا تقـرر علم أن ما ذكـره السائل نفع الله به من شـهادة البينـة بأن فلانـا بالغ بالسـن غير مقبولة ، وكـذا شهادة البينـة الاخـرى أنه غير بالغ بالسـن ، لمـا تقـرر أنـه لابد من ذكـر عـدد السـنين ، وهذا من صـورة شـهادة النفى غير المقبول •

وان بين من لـم يبلـغ بالسـن وعمـره ثلاث عشرة سـنة فرقـا اذ الأولى غـير معينـة للسـنين ، فـلا تقبـل ، وان لـم يعارضـها بينة أخـرى ، والثانية معينـة لهـا فتقبل ، مالم تعارضـها بينة أخـرى، كمـا قدمتـه •

وصـورة شـهاده النفى المقبـول هنـا مـا ذكرتـه من أن تعـين بينتـه وقتـا للولادة ، وتقـول الأخـرى شـاهدنا أمـه فى ذلك الوقت غير والدة فهـذا نص محصور فتقبل ، بمعنى أنـه تكفى البينـة الأخرى ، لمـا تقـرر من تعارضـهما •

مذهب الحنـابلة :

جـاء فى كشـاف القنـاع [٢] : أن من شك

---

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية للعالم ابن حجر المـكى الهيثمى وبهـامشه فتـاوى العـلامة شمس الدين بن العـلامة شـهاب الدين أحمد ابن أحمد بن حمزة الرملى ج ٣ ص ٥٥ طبع مطبعة عبد الحميـد أحمد حنفى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٤ ص ٢٩٢ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٤ ص ٤٥٦ ، ص ٤٥٧ الطبعة السابقة .

فى بلوغـــه ان أقـــر بالبلوغ ، ثم أنـــكره مع الشـــك صـــدق بلا يمين •

مذهب الظاهرية :

جـــاء فى المحـــلى (١) : أن الشرائع لا تلزم الا بالاحتـــلام أو الانبـــات للرجل والمـــرأة، أو بانـــزال المـــاء الذى يكون منـــه الولـــد وان لم يـــكن احتـــلام ، أو بتمـــام تســـعة عشر عامـــا ، كل ذلك للرجـــل والمـــــرأة ، أو بالحيض للمرأة •

وأصـــله أن رســـول الله صـــلى الله عليه وســـلم ورد المدينة ، وفيهـــا صبيان وشبان وكهـــول ، فالـــزم الأحـــكام من خـــرج عن الصـــــبا الى الرجـــولة ، ولـــم يلزمهـــــا الصبيان ، ولـــم يكشـــف أحـــدا من كل من حـــواليه من الرجـــال هل احتلمت يا فـــلان وهل أشـــعرت — وهل أنـــزلت وهل حضت يا فـــلانة هـــذا أمـــر متيقن لا شـــك فيه ، فصـــح يقينـــا ان ههنـــا ســـنا اذا بلغهـــا الرجـــل أو المـــرأة ، فهمـــا ممن ينـــزل أو ينبت أو يحيض ، الا أن يكون فيهمـــا آفـــة تمنـــع مـــن ذلك كمـــا بالأطلس « الاطلس من الذئاب الذى تساقط شـــعره ، وهو اخبث ما يكون » آفـــة منعته من اللحيـــة ، لولاها لكان من أهـــل اللحى بلا شـــك هـــذا أمـــر يعـــرف بمـــا ذكرنـــا من التوقف ، وبضرورة الطبيعـــة الجارية فى جميـــع أهـــل الأرض•

ولاشك فى أن كل من أكمـــل تســـع عشرة ســـنة ودخل فى عشرين ســـنة ، فقـــد فارق الصـــبا ، ولحق بالرجـــال ، لا يختلف اثنـــان من أهـــل كل ملة وبلـــدة فى ذلك ، وان كانت به آفة منعتـــه من انزال المنى فى نـــوم ، أو يقظـــة ، ومن انبـــات الشـــــعر ، ومـــن الحيض •

مذهب الزيدية :

جـــاء فى التـــاج المذهب(٢) : أن مـــدعى البلوغ يصـــدق ، فاذا ادعى الصـــغير سواء كان ذكـــرا أم أنثى ، أنـــه قـــد بلغ قبـــل قـــوله •

ولا يمين عليه اذا ادعى البلـــوغ بالمنى فى اليقظـــة أو الاحتـــلام فقط ، الا اذا ادعى البلوغ بالانبات ، أو بالسنين ، أو بالحيض فانه لا يقبل قوله ، بل لابد من الشـــهادة •

ويكفى فى الحيض عدلة تشـــهد بخـــروج الـــدم من الرحم فى أول الحيض وآخـــره •

وأمـــا فى انبـــات الرجل فعدلان •

وفى انبـــات المرأة عدلة ، فاذا لـــم توجد عـــدلة فعدلان •

ولا يقبل قـــوله فى دعـــوى البلوغ بالمنى

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١ ص ٨٨، ص ٨٩ ، ص ٩٠ مسألة رقم١١٩ الطبعة السابقة

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٢ ص ٣٨ الطبعة السابقة .

فى اليقظة أو الاحتـــلام ، الا اذا قد صـــار محتمـــلا لذلك .

واختلفوا فى المحتمل .

فالمذهب حيث يكون الذكـــر ابن عشر سنين، والأنثى بنت تســـع ســـنين .

ومن نوزع فى مضى هذه المـــدة منـــذ ولد، فعليـــه البينـــة .

ثم يقبل قوله فى البلوغ بالمنى فى اليقظـــة أو الاحتـــلام .

مذهب الامامية :

جـــاء فى شرائع الاســـلام [١] : أنـــه لـــو اشـــتبه الطفل البالغ اعتبر بالانبـــات ، فمن ينبت وجهل ســـنه ألحق بالذرارى ، والذكور البالغـــونْ يتعين عليهم القتـــل ، وان كانت الحـــرب قائمة مالم يسلموا .

ويجب مواراة الشـــهيد دون الحربى وان اشتبها يوارى من كان كميش الذكر .

وحكم الطفل المســـمى حكم أبويـــه ، فان أســـلم أو أســـلم أحدهما تبعـــه الولد .

ولو سبى منفردا قيـــل يتبـــع السابى فى الاســـلام .

مذهب الاباضية :

جـــاء فى شرح النيـــل [٢] : وتنكـــر الطفلة فى طفوليتهـــا وشبهتها شـــبهة الطفلة بالبلوغ وبعـــده مشـــتبهة بالبلوغ ، وأول بلوغهـــا تعم هـــذه الأحـــوال بالانكار تقوية للفرقـــة عنـــد حـــاكم ، أو أمنـــاء ، أو أمينين ، أو أمين وأمينتين ، أو أمينتين أو امينين بانـــكار الطفولية ان أمن عليهـــا أن يضرها بضرب ، أو ســـحر ، أو اجـــاعة أو يهـــرب بهـــا أو نحـــو ذلك ، وفى نزعهـــا من يـــده بانـــكار الشـــبهة قولان ، لاختلافهم فى حكم المراهق.

ولا يشـــترط فى انـــكار الطفـــل أن يكون فى الشـــبهة والبلوغ معا ، كالطفلة ، لأن أصـــل الفرقـــة انمـــا هو بيد الزوج ، وجـــاز لـــه وطؤها ، وترد لأمينات أربـــع أو اثنتـــين أو لواحـــدة أقـــوال .

وهكذا فيمـــا تباشره النســـاء لا الرجال، مثل أن تبلغ الصـــبية فتنـــكر وتدعى وطئـــا فى الصـــبا فينظـــرن عذرتهـــا ، وجـــاز لهـــن مس فرجهـــا .

وقيل : تقبل دعواها ، ونسب للأكثر .

ولا تصدق حـــال الصـــبا اذا تشـــابهت فينظرنهـــا ينظرن ثديهـــا وأبطيها وأيا قدمن فى النظـــر جـــاز ، ويؤخـــرن نظر عورتها ، لأنه ضرورة فلا يجـــوز الا اذا لـــم يجـــدن علامة البلوغ فى غيرهـــا .

(١) شرائع الاســـلام فى الفقة الاســـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص ١٥٠ الطبعة السابقة .

(٢) كتـــاب شرح النيل وشـــفاء العليـــل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٢٣٤ ، ص ٢٣٥ ص ٢٣٦ الطبعة السابقة .

وان أقرت بالاحتلام كفى اقرارها •

وكما ينظرن الطفلة كذلك ينظرن الطفل ان أنكر على حد سواء كل يوم نظرات أو مرات أو أوقاتا ثلاثة عند طلوع الشمس، وعند حصول أول الزوال بحسب ما يظهر وبين ظهر وعصر حين انتصف ما بينهما ، فذلك ثلاث نظرات فى كل يوم •

ثم قال : فان أنكرت فى شبهة وبلوغ أو فيه لا فى طفولية جاز ، لكن اذا أنكرت فى البلوغ فقط كان فيها ريب مخافة أن تكون قد رضيت فى الشبهة ، والباوغ أو أخرت عن بلوغ الا على قول من أجاز التأخير ، مالم يكن مس أو نحو ذلك ، ولذلك منع أبو زكريا انكار الباوغ وحده اذ قال : وكذلك ان أنكرت فى الطفولية والبلوغ ولم تنكر فى الشبهة لم يجز انكارها ، فان هذا يفيد أن الانكار فى البلوغ وحده لا يجوز ، لعدم انكار الشبهة ، فانه اذا لم يجز انكار الطفولية والبلوغ ، لم يجز انكار البلوغ وحده من باب أولى •

ولا يصح فى غير البلوغ من طفولية وشبهة بأن أنكرت فيهما معا ، أما لو أنكرت فى الطفولية فقط فلا قائل بأنه يصح انكارها عند الله ، فلزوجها المقام ان أنكرت قبل البلوغ لا عنده ، ولا يلزمه أن يعتبر استصحاب انكارها ، لا مكان أن ترضى عند البلوغ مع أنه هو الحالة المعتبرة وتجدد النكاح ان كان الانكار بشبهة أو بلوغ ولو ندمت •

وان دخل[1] الرضى نفس كطفل فى شبهة لم يصح انكاره فى البلوغ مخافة أن يكون فى حال رضاه بالغا ، فلا يصح له الانكار بعد الرضى ، وهذا مبنى على أنه لا يصح انكار بعد الباوغ الا ان سبق انكار فى شبهة •

ويتحصل من هذا أنه ان أنكر فى الشبهة جاز له الرضى فى البلوغ ، والا فانه أن رضى فى الشبهة ، وأنكر فى البلوغ ففيه ريبة ، لعله حين رضى طفل ، وأنكر فى البلوغ فصح انكاره ، فكيف يصح له الاقامة •

وان أنكر فى الشبهة ورضى فى البلوغ فلعله بالغ حين الانكار ، فلا يصح رضاه بعد ، ولكنهم ألغوا ذلك وجعلوا عدم انكار الشبهة أصلا كافيا فى عدم الانكار بعدها •

الاشتباه فى الميراث

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أنه اذا قال رجل لغلام هذا ابنى ، ثم مات

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٢٣٨ ، ص ٢٣٩ الطبعة السابقة .
(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٣ ص ٢١٧ ، ص ٢١٨ الطبعة السابقة .

فجـاءت ام الغـلام تقول : أنـا امـرأته ، فلا شك فى أن الغـلام يرثـه ، لأنـه ثبت نسـبه منـه باقـراره ، أمـا المـرأة ففى ارثهـا هذا الرجل قولان ؟

ذكـر فى النوادر أنهـا ترثه استحسانا .

والقياس أن لا يكون لهـا الميراث .

ووجـه القياس أنـه يحتمـل أن تـكون أم الغـلام حـرة ، ويحتمـل أن تـكون أمـة ، ولـو كانت حرة ، يحتمـل أن تكون هـذه المرأة ويحتمـل أن تـكون غـيرها ، ولـو كانت هـذه المرأة فيحتمـل أن يكون وطئهـا بنكاح صـحيح ، ويحتمـل أن يكون بنكـاح فاسـد ، أو بشـبهة نكاح ، فيقـع الشـك فى الأرث فلا ترث بالشـك .

ووجه الاستحسان : أن سبب الاستحقاق للارث فى حقهـا يثبت باقراره بنسب الولد ، وهو النكاح الصحيح ، لأن المسـألة مفروضة فى امرأة معروفـة بالحـرية وبأمومة هـذا الولد ، فاذا أقـر بنسـب الولد أنـه منه ، والنسب لا يثبت الا بالفراش ، والأصـل فى الفراش هـو النكاح الصحيح ، فكان دعوى نسب الولد اقرارا منـه أنه من النـكاح الصحيح ، فـاذا صـدقها يثبت النـكاح ظاهرا ، فترثـه ، لأن العمـل بالظـاهر واجب ، أمـا اذا لـم تكن معـروفة بذلك وأنكـرت الورثـة كونهـا حـرة أو أمـاله فلا ميراث لهـا ، لأن الأمـر يبقى محتمـلا ، فـلا ترث بالشـك والاحتمـال .

وجـاء فى السراجية [1] : أنـه اذا مـات جماعة وبينهم قرابة ، ولا يدرى أيهم مـات أولا كمـا اذا غرقوا فى السـفينة معـا ، أو وقعـوا فى النـار دفعة ، أو سـقط عليهم جـدار ، أو سـقف بيت ، أو قتلـوا فى المعـركة ، ولم يعـلم التقـدم والتأخـر فى موتهم ، جعـلوا كأنهم ماتوا معـا ، فمـال كل واحد منهم لورثتـه الأحيـاء ، ولا يرث بعض هـؤلاء الأمـوات من بعض ، هـذا هـو المختـار ، لأن سـبب اسـتحقاق كل كل منهما ميراث صـاحبه غير معلوم يقينـا وما لم يتيقـن بالسبب لم يثبت بالاستحقاق، اذ لا يتصـور ثبوته بالشـك ، وذلك لأن السـبب هاهنا بقـاؤه حيـا بعـد موت مورثه ، وانمـا يعـلم ذلك بطريق الظاهر ، واستصـحاب الحال ، دون اليقين ، اذ الظاهر بقـاء ما كان على ما كان عليـه ، وهـذا البقـاء لانعدام الدليل المزيل ، لا لوجود الدليل المبقى ، فيعتد باستصحاب الحياة فى بقـاء ما كان لا فى اثبات ما لم يكن كحياة المفقـود ، وتجعـل ثابتـة فى نفى التوريث عنه لا فى اسـتحقاق الميراث من مورثه ، وأيضـا قد ظهـر الموتان ولم يعـلم السـبق ، فيجعل كأنهمـا وقعـا معا كمـا اذا تزوج امـرأة ثم تزوج أختها ، ولم يدر السـابق منهمـا فيجعـل كأنهمـا وقعـا معـا فيفسـد النكاحان ، فكذا ها هنا يجعل الأخوان مثلا ، كأنهمـا ماتا معـا حقيقة ، فلا يرث أحدهما

(١) شرح السراجية لخاتمة المحققين السيد الشريف على بن محمد الجرجانى ج ١ ص ٢١٩ طبع مطبعـة مصطفى البـابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٦٣ هـ ، سنة ١٩٤٤ م .

من الآخــر ، كمــا فى صــورة اجتمـــاع الموتين حقيقــة .

وقــد روى خـــارجة بن زيد بن ثابت عن أبيــه أنه قــال : أمرنى أبو بكر الصديق بتوريث أهل اليمــامة فورثت الأحيـــاء من الأموات ، ولــم أورث الأموات بعضهم من بعض ، وأمرنى عمر رضى الله تعــالى عنــه بتوريث أهــل طــاعون عمــواس ، وكانت القبيلة تموت بأسرهــا فورثت الأحيــاء من الأموات ، ولــم أورث الأموات بعضــهم من بعض .

وهكذا نقــل عن على كرم الله وجهــه فى قتلى الجمـــل وصفين .

وقــال على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهمــا فى احــدى الروايتين عنهما : يــرث بعض هــؤلاء الأمــوات من بعض الا ممــا ورث كل واحــد منهم من مــال صــاحبه ، فانه لا يرث منـــه ، والا لــزم أن يــرث كل واحــد من مال نفســه ، ولا شك فى بطلانه، واليــه ذهب ابن أبى ليلى .

والوجــه فى ذلك أن ســبب اســتحقاق كل واحــد منهما ميراث صــاحبه هو حياته بعــد موت صاحبه ، وقــد عــرف حيــاته بيقــين ، فيجب أن يتمســـك به ، وســبب الحرمان موتــه قبل موتــه ، وهـــو مشكوك فيــه ، فــلا يثبت الحرمــان بالشـــك الا فيمــا ورثه كل منهمــا من صــاحبه ، لأجل الضرورة ، وهــى أن تــوريث أحدهمــا من صــاحبه يتوقف على الحــكم بموت صاحبه قبله ، فــلا يتصور أن يــرث صــاحبه منه ، لكن ما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن محلهــا .

وفيما عــدا ذلك من المــال يتمســك فيه بالأصــل ، فان اليقــين لا يزول بالشــك .

فاذا غــرق أخوان أكبــر وأصــغر وخلف كل منهمــا أمــا وبنتا ومولى ، وتــرك كل منهمـــا تســعين درهمــا .

فعندنـــا يقســم تركة كل واحــد منهمــا فيعطى ، لأم كل منهمــا سدس تركته ، وهو خمســة عشر ، ولبنت كل منهمــا النصــف وهو خمســة وأربعون ، ولمولاه ما بقى وهو ثــلاثون .

وعنـــد على وابــن مســعود رضى الله تعــالى عنهمــا فى احــدى الروايتين عنهما يحــكم بموت الأكبر أولا ، فتقسم تركتــه فللأم الســدس وللبنت النصف ، وللأصــغر ما بقى ، ثم يحكم بموت الأصــغر فيقســم تركته كذلك ، فقد بقى من تــركة كل منهمــا ثلاثون وهـــو ما ورث كل منهما من صــاحبه ، فللأم من ذلك البــاقى الســدس ، ولابنــة كل منهمــا نصــفه والباقى للمولى .

وجــاء فى بدائع الصــنائع[1] : ان حــال المفقــود غير معلــوم ، يحتمل أنــه حى ، ويحتمــل أنه ميت ، وهــذا يمنــع التوارث والبينونة ، لأنـــه ان كان حيــا يرث أقاربه ولا يرثونـــه ، ولا تبين امــرأته ، وان كان

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ الطبعة السابقة .

ميتا ، لا يرث أقاربه ويرثونه ، والأرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين ، فوقع الشك فى ثبوته،فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البينونة على الأصل المعهود فى الثابت بيقين لا يزول بالشك ، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك .

فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى أن يظهر حاله أنه حى أم ميت ، لاحتمال الحياة والموت للحال .

حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين ، وابن ابن ، وطلبت الابنتان الميراث، فان القاضى يقضى لهما بالنصف ، ويوقف النصف الثانى الى أن يظهر حاله لأنه ان كان حيا ، كان له النصف والنصف للابنتين ، ولا شىء لابن الابن ، وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان،والباقى لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين ، فيدفع ذلك اليهما ، ويوقف النصف الآخر الى أن يظهر حاله ، فان لم يظهر حتى مضت المدة التى يعرف فيها موته ، يدفع الثلثان اليهما ، والباقى لابن الابن .

وكذا لو أوصى له بشىء يوقف .

وكذا اذا فقد المرتد ، ولا يدرى أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم ، فاذا مضى من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة ، يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره ، وتبين امرأته ، ويصير ماله ميراثا لورثته الأحياء وقت الحكم ، ولا شىء لمن مات قبل ذلك ، واختلف فى تقدير المدة التى يحكم بعدها بموته .

فروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته .

وروى عن محمد أنه قدرها بمائة سنة .

وفى الموضوع تفصيلات كثيرة نكتفى منها بما ذكرنا ونحيل بقية الموضوع الى موطنه لينظر فيه .

مذهب المالكية :

جاء فى الحطاب [1] : أنه لا يرث من جهل تأخر موته عن مورثه ، بأن ماتا تحت هدم مثلا أو بطاعون ونحوه بمكان ولم نعلم المتأخر منهما ، فيقدر أن كل واحد لم يخلف صاحبه ، وانما خلف الأحياء من ورثته .

فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم ، وجهل موت السابق منهم ، وترك الأب زوجة أخرى ، وتركت الزوجة ابنا لها من غيره ، فللزوجة الربع ، وما بقى للعاصب ، ومال الزوجة لابنها الحى ، وسدس مال البنين لأخيهم

---

(١) مواهب الجليل على مختصر خليل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ج ٦ ص ٤٢٣ الطبعة السابقة وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٨٧ الطبعة السابقة

لأمهم ، وباقيه للعاصب ، وسقط بمن يسقط به الأخ للأم •

ويوقف القسم للتركة بين الورثة ، وفيهم حمل من زوجة ولو أخا لأم أو أمة الى وضع الحمل للشك ، هل يوجد من الحمل وارث أولا ، وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد ، وعليهما هل هو ذكر أو أنثى ، ولم يعجل القسم للوارث المحقق هنا ويؤخر المشكوك فيه للوضع •

وجاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير [١] : أن لزوجة المفقود أن ترفع الى القاضى والولى وجابى الزكاة ان وجد واحد منهم فى بلدها غير جائز بأخذ مال منها ، ليكشفوا عن حال زوجها ، وان لم يوجد واحد منهم فلجماعة المسلمين ، فيؤجل الحر أربع سنين ان دامت نفقتها من ماله ، والا طلق عليه لعدم النفقة ، ويؤجل العبد نصفها سنتان من حين العجز عن خبره بالبحث عنه فى الأماكن التى يظن ذهابه اليها من البلدان ، بأن يرسل الحاكم رسولا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها ثم بعد الأجل الكائن بعد كشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره اعتدت عدة كعدة الوفاة والحره بأربعة أشهر وعشر والأمة بشهرين وخمس ليال ، ولو غير مدخول بها ، لأنه يقدر موته فلا نفقة لها فيها •

فان جاء المفقود ، أو لم يجىء ، وتبين أنه حى ، أو تبين أنه مات ، فحكمها فى هذه الوجوه ، كحكم ذات الوليين ، يزوجها كل واحد منهما من رجل ، فتفوت على الأول بتلذذ الثانى بها غير عالم ، ان لم تكن فى عدة وفاة من الأول ، فتكون للمفقود فيما اذا جاء أو تبين حياته ، أو موته فى العدة أو بعدها ، وقبل عقد الثانى أو بعده ، وقبل تلذذه بها أو بعده عالما بما ذكر ، وتفوت عليه ، وتكون للثانى ان تلذذ بها غير عالم •

وورثت الزوجة زوجها المفقود ان قضى له بها ، وذلك فى أحوال أربعة •

أن يموت فى العدة أو بعدها ، ولم يعقد الثانى ، أو عقد ولم يدخل ، أو دخل عالما ، ولو تبين الثانى أنه تزوجها فى عدة الأول ، فكغيره ممن تزوج فى العدة، فيفسخ نكاحه ، ويتأبد تحريمها عليه ان تلذذ فيها ، أو وطىء ولو بعدها •

وأما ان نعى [٢] لها زوجها ، بأن أخبرت بموته فاعتمدت على ذلك ، واعتدت ، وتزوجت ، ثم قدم فلا تفوت عليه بدخول الثانى ، ولو ولدت منه أو حكم بموت المفقود حاكم •

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٤٧٩ ، ص ٤٨٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للدسوقى ج ٢ ص ٤٨١ الطبعة السابقة .

وجـــاء فى الحطـــاب [١] : قـــال ابن حبيب من تزوج امـــرأة لهـــا زوج غـــائب لا يدرى أهـــو حـــى ، أم ميت ، ثم تبين أنـــه مـــات لمثـــل ما تنقضى فيـــه عدتهـــا قبـــل نكاحـــه أن نـــكاحـــه ماض ، وورثت الأول ان قضى لـــه بهـــا ، فان ثبت أنـــه مـــات وهى فى العـــدة فترثـــه اتفاقا ، وكذا بعـــد خروجها، وقبـــل عقـــد الثـــانى على المعروف ، وبعد عقـــده قبـــل دخوله على المرجـــوع اليـــه .

قال اللخمى فان جهلت التواريخ وقد دخل الثـــانى لـــم يفســـخ نـــكاحـــه ولـــم يرث الأول ، لأنه لـــم يفـــرق بينهـــا وبين الثـــانى بالشـــك ، ولا تـــرث أيضـــا بالشك .

وبالنسبة [٢] لمـــا له روى عن المدونة أنه لا يقسم ورثـــة المفقـــود ماله ، حتى يـــأتى عليه من الزمن مالا يحيـــا الى مثله ، فيقسم بين ورثتـــه حينئـــذ لا يوم فقده .

وان مـــات له ولـــد وقف ميراثه منـــه ان أتى أخـــذه وان موت بالتعمير وذلك الى ورثة الابن يوم مات ، ولا ارث للأب بالشك .

قال ابن الحـــاجب : ووقف المشكوك فيه ، فان مضـــت مدة التعمير ، ولـــم يســـتبن ، فكالمولى .

قال ابن شاس فـــان ماتت زوجة وتركت زوجهـــا وأمهـــا وأختا وأبـــا مفقـــودا ، والفريضـــة على احتمـــال أن المفقود حى من ســـتة للـــزوج ثلاث ، وللأم ثلث ما بقى ســـهم ، وللأب سهمان ، والفريضة على احتمال أن المفقـــود ميت من ستة أيضـــا ، للزوج النصـــف ثلاثـــة ، وللأخت ثلاثة ، ويعـــال للأم بالثلث فتضرب بثمـــانية ، والفريضـــتان تتفقـــان بالنصـــف فتضرب أحداهمـــا فى كامل الأخـــرى بأربعـــة وعشرين ، ثم تقول للـــزوج : لك يقينـــا بلا شـــك ، ثم ذكـــر تمـــام العمـــل بعبـــارة طويلة .

وقـــال ابن عرفـــة فى المســـألة المذكورة : وجـــه العمل فيهـــا أن تـــرد فريضـــة لغـــو المفقـــود ، وفريضة حضوره لعـــدد واحـــد ان تداخـــلا ، فان تداخلت اعتبرت أكبرهـــا، ثم تقســـم ما ردت اليـــه ، أو كبارهمـــا على الفريضـــتين ، ويعطى الوارثون على تقـــدير لغـــوه وحضوره أقل ما يجب ، لكل واحـــد منهم فى القســـم على الفريضـــتين ، مـــن سقط فى احداهمـــا لم يعط شـــيئا ، ووقف مما فضـــل عما ذكر اعطـــاؤه ، فان تحققت حيـــاة المفقـــود بعـــد موت الموروث عنـــه أمضى قســـم فريضـــة حضوره ، وان تحقق موته قبـــل موت الموروث عنه ، أو مـــوت بالتعمير أمضى قســـم لغـــوه ، ودفع الموقوف لمســـتحقه فى الفريضـــة المضـــاة .

قال ابن شاس فتقول للزوج لك بلا شك يقينـــا ثلاثة من ثمـــانية مضروب فى ثلاثـــة نصـــف الفريضـــة الأخـــرى ، وانمـــا يكون

---

(١) مواهب الجليـــل لشرح مختصر خليـــل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٤ ص ١٥٨ الطبعة السابقة .

(٢) التـــاج والاكليل للمواق على هـــامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب فى كتاب ج ٦ ص ٤٢٣ ، ص ٤٢٤ الطبعة السابقة .

لك ثلاثة من ستة بصحة حياة الأب ولا يعلم ذلك ، ويقـــال للأخت لا ميراث لك من أختك الا بصـحة موت أبيـك قبـل موت أختـك، ولا نعـلم ذلك ، فليس لك ميراث بالشـك ، ويقـال للأم لك من ابنتك السدس يقينـا ، سـهم من سـتة ، مضروب فى أربعة نصـف فريضـة ثمـانية ، وانمـا يكون لك الثـلث بالعـول بصـحة موت زوجـك قبـل ابنتك ، ولا يعـلم ذلك ، فليس لك بالشـــك شىء ، ويبـقى من الفريضـة أحـد عشر ســـهما موقوفـة ، ليس تعلم لمن هى يقينـا •

فان صح أن الأب كان حيـا يوم مـــوت ابنتـه ، ، قيل للزوج لك يقينـا ثلاثـة من سـتة مضروبة فى أربعـة باثنى عشر فى يديك سـبعة البـاقى لك ثلاثة ، فتدفع اليـه من الموقــوف ، ويقال للأم لك ســهم من سـتة مضروب فى أربعة فى يدك جميع حقك ، وللأب سهمان من ستة فى أربعة بثمـانية ، فتـدفع اليـه الثمانية التى بقيت من الموقوف •

وان ثبت ان الأب مات قبل ابنتـه ، أو لم يعـلم موت فموت بالتعمير ، فالحكم فى ذلك سواء ، فيقـال للزوج لك يقينـا ثلاثة من ثمانية فى ثلاثة بتسعة ، ففى يدك جميـع حقك ، ويقال للأخت لك ثلاثة مـن ثمـانية فى ثلاثة بتسـعة فتدفـع لهـا التسـعة الباقية ، ويقال للأم لك اثنـان من ثمانيـةفى ثلاثة بسـتة فى يدك أربعـة فتدفع اليهـا السـهمان من أحـد عشرة الموقوفة •

مذهب الشـافعية :

جـاء فى نهـاية [1] المحتاج : أنه لـو مات متوارثان بغـرق ، أو هـدم ، أو غيرهمـا ، كحـريق ، أو فى غـربة معـا ، أو جهـل أسـبقهما ، ومنـه أن يعـلم سـبق ، ولا يعـلم عين السـابق ، أى ، ولا يرجى بيانه ، والا وقف كمـا نعـلم ممـا يأتى ، لـم يتوارثا ، لاجمـاع الصـحابه عليـه •

فانهم لـم يجعـلوا التـوارث بين من قتـل فى يوم الجمـل وصـفين ، الا فيمن علموا تأخـر موته •

ولـو عـلم السـابق ثـم نسى ، وقف للبيـان أو الصلح ونفيـه التوارث باعتبـار الحـكم ، والا غلب ، فـلا يرد عليـه ايهام امتناعه فى نفس الأمر ، ولأن أحـدهما قـد يرث من الآخـر دون عكسـه ، كالعمـة وابن أخيـها •

وكثير من تلك الموانع فيـه تجـوز لعـدم صـدق حـد المـانع عليـه وهو الوصـف الوجـودى الظـاهر المنضبط المعـرف نقيض الحـكم •

فانتفـاء الأرث امـا لانتفـاء الشرط أو السـبب •

وتركة كل من الميتين بنحـو هـدم لبـاقى

(١) نهاية المحتاج الى معرفة شرح المنهاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه ج ٦ ص ٢٨ ، ص ٢٩ الطبعة السابقة .

ورثتــه لأن الله تعــالى ورث الأحيــاء من الأموات وهنــا لا نعــلم حيــاته عنــد موت صــاحبه ، فــلم يرث كالجنــين اذا خــرج ميتــا ، ولأنا ان ورثنــا أحــدهما فقط فهــو تحــكم ، ولــو ورثنا كلا من صــاحبه تيقنا الخطــأ ، وحينئذ فيقــدر فى حق كل أنه لــم يخلف الآخــر .

ومن أسر ، أو فقــد وانقطــع خبــره ، ترك مــاله حتى تقــوم بينــة بموته ، أو تمضى مــدة التعمير من ولادته يغــلب على الظــن ، أو مــا نزل منزلتــه أنه لا يعيش فوقهــا ، ولا تتقــدر بشىء على الصحيح ، فيجتهــد القــاضى ، ويحــكم بمــوته لأن الأصــــل بقــاء الحيــاة فــلا يورث الا بيقــين ، ومنــه الحــكم ، لأنه ان اســتند الى المــدة فواضــح ، أو الى العــلم ، وان لــم تمض مــدة فهــو منزل منزلة البينــة المنزلة منــزلة اليقــين .

ثم بعــد الحــكم بموته ، يعطى ماله مــن يرث وقت الحــكم بموته ، بأن يســتمر حيــا الى فــراغ الحــكم ، فمن مات قبــله أو معــه ، لــم يــرثه ، ومحــــل ذلك عنــد الاطــلاق .

فان قيــدته البينــة ، أو قيــده هــو فى حــكم بزمن ســابق ، اعتبــر ذلك الزمن ، ومن كان وراثه حينئذ .

ولا تتضــمن قســـمة الحــاكم الحــكم بمــوته الا أن وقعت بعــد تنــازع ورفــع اليــه ، لأن الأصــح أن تصرف الحــاكم ليس بحــكم ، الا فى قضــية رفعت اليــه ، وطلب منــه فصــلها .

وعــلم مما قررناه عــدم الاكتفــاء بمضى المــدة وحدها ، بل لابد معــه من الحكــم .

ولا ينافى ذلك قولهم : لــو انقطــع خبر العبــد بعــد هــذه المــدة لا تجب فطرته ، ولا يجزىء عن الكفــارة اتفاقا ، ولم يذكروا الحــكم ، لأن ما هنــا أمر كلى يترتب عليــه مصالح ومفاسد عامة ، فاحتيط له أكثر .

ولــو مــات من يرثه المفقــود كــلا أو بعضــا قبــل الحــكم بموته ، وقفنــا مــا خصــه من جميع المــال ان انفردوا وبعضــه ان كان ثم غــيره حتى يتبين أنــه كان عنــد المــوت حيــا أو ميتــا .

ولو مات عن أخــوين ، أحدهما مفقــود ، وجب وقف نصــفه الى الحــكم بموته .

ثــم اذا لــم تظهــر حيــــاته فى مــدة الوقف يعــود كــل مــال الميت الأول الى الحاضر ، وليس لورثة المفقــود منــه شىء ، اذا لا ارث بالشــك ، لاحتمــال موته قبــل مورثه ذكره الغــزالى وغــيره وهــو ظاهــر وعملنــا فى الحاضرين بالأسوأ ، فمن يســقطه المفقــود لا يعطى شــيئا ، ومــن تنقصــه حيــاته أو موته يعطى اليقين .

ففى زوج مفقــود وشــقيقتين وعــم ، يعطيــان أربعــة مــن ســـبعة ، ويوقف البــاقى .

وفى أخ لأب مفقــود وشـــقيق وجـد حاضرين ، يقـدر حيـا فى حـق الجـد ، وميتـا فى حق الأخ ، ويوقف السدس .

ومن لا يختلف حقــه بحيـاته وموته كزوج وابن مفقـــود وبنت ، يعطى الزوج الربــع ، لأنه له بكل حـال .

ولــو تلف الموقوف للغـائب كان على الكل فاذا حضر اســترد ما دفــع لهم ، وقسـم بحسب ارث الكل ، كمـا صرحـوا به فيمـا اذا بانت حيـاة الحمل وذكورة الخنثى .

ولــو خلف [1] حمـلا يرث مطلقا لـو كان منفصـلا وان لم يكن منــه ، كان مــات من لا ولد له عــن زوجــة ابن حـامل أو قـد يرث بتقـدير الذكوره ، كحمل حليلة الجـد ، أو الأخ ، أو الأنــوثة ، كمــن ماتت عــن زوج وشـقيقة ، وحمـل ، لأبيهـا ، فان كان ذكـرا أو لـم يأخـذ شـــيئا ، لأنه عصـبة ، ولـم يفضـل لــه شيء أو أنثى ورث السـدس وأعيلت ، عمـل بالأحــوط فى حصــة الحمــل وحق غيره ، كمـا يأتى .

فان انفصـل كله حيـا حيـاة مسـتقرة يقينا ، وتعرف بنحـو قبض يد وبسـطها ، لا بمجرد نحــو اختـلاج ، لأنه قـد يقـع مثله لانضغاط ، ومن ثم ألغـوا كل ما لا يعلم به الحيـاة ، لاحتمـال أنه لعـارض آخر ، لوقت يعـلم وجـــوده عنـد الموت ، بان ينفصـــل لأربع سـنين مـا عـدا لحظتى الوضـع والوطء فأقـل ، ولـم تكن فراشـا لأحـد ، ودون سـتة أشـهر ، وان كانت فراشـا ، أو اعترف الورثة بوجـوده الممكن عنـد الموت ، ورث لثبوت نسـبه .

وخـرج بكلمة موته قبـل تمـام انفصاله فانه كالميت هنـا ، وفى سـائر الأحـكام ، الا فى الصـلاة عليـه اذا اسـتهل ، ثـم مـات قبـل تمـام انفصـاله وفيمـا اذا حـز انســـان رقبتـه قبـل انفصـاله ، فانه يقتـل به وبحيـاة مسـتقرة ما لـو انفصـل وحيـاته ليست كذلك .

والا بـأن انفصـل ميتـا بنفســه ، أو بجنـاية جان ، أو مشـكوكا فى حيـاته أو اسـتقرارها ، ولـم يعـلم عنـد المـوت وجـــوده ، فـلا يرث لأن الأول والثـانى كالعـدم ، والثالث منتف نسـبه عن الأول .

والخنثى المشـكل [2] ــ وهـو من له آلتـا الرجل والمرأة ــ ما دام مشـكلا يسـتحيل كونه أبـا ، أو جـدا ، أو أمـا ، أو زوجا ، أو زوجـة ، فان لـم يختلف ارثه بالذكـورة وضـدها ، كولد أم ، ومعتـق ، فقـدر أرثه ظاهـر .

وان اختلف ارثه بهمـا فيعمـل باليقين فى حقــه وحق غـيره .

ويوقف المشكوك فيـه حتى يتبين حـاله

(١) نهـاية المحتـاج الى شرح المنهـاج لابن شهاب الدين الرملى ج ٦ ص ٢٩ ، ص ٣٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابقلابن شهاب الدين الرملى ج ٦ ص ٣٦ الطبعة السابقة .

ولـــو بقـــوله وان اتهم ، فان ورث بتقـــدير لـــم يدفـــع لـــه شيء ، ووقف مـــا يرثه على ذلك التقـــدير ، وان ورث عليهمـــا لكن اختلف ارثه ، اعطى الأقل ، ووقف البـــاقى •

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى المغنى [١] : أنه اذا مـــات متوارثان بغـــرق ، أو هـــدم ، أو غير ذلك ، وجهـــل أولهمـــا موتا ، أو عـــلم ، ثم نسى أو جهـــلوا عينـــه ، ولم يختـــلفوا فى الســـابق ، ورث كل واحـــد مـــن الموتى صـــاحبه مـــن تلاد ماله ، دون مـــا ورثه مـــن الميت ، فيقـــدر أحـــدهما مات أولا ، فيورث الآخـــر منـــه ثم يقســـم ما ورثه منـــه على الأحيـــاء من ورثتـــه ، ثم يصـــنع بالثـــانى كذلك •

فاذا غرق أخوان ، أحـــدهما مولى زيـــد ، والآخـــر مولى عمـــرو صـــار مال كل واحد منهمـــا لمولى الآخـــر •

وان جهـــل الســـــابق منهمـــا ، واختلف ورثتهمـــا فيـــــه ، ولا بينـــــة ، أو كانت وتعارضـــت ، تحـــالفا ، ولم يتوارثا •

كمـــا اذا مـــاتت امـــرأة وابنهـــا فقـــال زوجهـــا : ماتت فورثناهـــا ، ثم مـــات ابنى فورثته وقـــال أخوها : مات ابنهـــا فورثته ثم ماتت فورثناها ، حلف كل واحـــد منهمـــا على ابطـــال دعـــوى صـــاحبه ، وكان ميراث الابن لأبيـــه ، ومـــيراث المـــرأة لأخيهـــا وزوجهـــا نصـــفين •

ولـــو عين الورثة موت أحـــدهما ، وشكوا هـــل مات الآخـــر قبـــله أو بعـــده ؟ ورث من شـــك فى موته من الآخـــر •

ولو تحقق موتهمـــا معـــا يتوارثان •

ولـــو مـــات أخـــوان عنـــد الزوال ، أو الطـــلوع ، أو الغـــروب فى يـــوم واحـــد ، أحـــدهما بالمشرق ، والآخـــر بالمغـــرب ورث الذى مات بالمغرب من الذى مات بالمشرق لموته قبـــله ، لأن الشمس وغيرها تزول وتطلـــع وتغـــرب فى المشرق قبـــل المغـــرب •

وجـــاء فى كشـــاف [٢] القنـــاع : أن من انقطـــع خبره ولـــو عمـــدا لغيبـــة ظاهرها الســـلامة كأسر وتجـــارة وســـــياحة وطلب عـــلم انتظـــر به تتمـــة تســـعين ســـنة منذ ولد : فان فقـــد ابن تســـعين اجتهـــد الحاكم وان كان غالبهـــا الهلاك ، كمن غرق مركبه فسلم قـــوم دون قـــوم أو فقد من بين أهله ، كمن يخرج الى الصـــلاة ، أو الى حـــاجة قريبـــة فـــلا يعود ، أو فى مفازة مهلكة كمفازة الحجاز أو بـــين الصـــفين حـــال التحـــام القتـــال انتـــظر به تمـــام أربع ســـنين منـــذ فقـــده

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٧ ص ١٨٦ ص ١٨٧ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٣ ص ١١٤ الطبعة السابقة .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهـــى الارادات وما بعـــدها ج ٢ ص ٥٩٠ وما بعدها الطبعة السابقة والاقناع فى فقـــه الامام أحمد بن حنبـــل ج ٣ ص ١٠٩ ص ١١٠ الطبعة السابقة والمغنى لابن قدامه المقدسى ج ٧ ص ٢٠٥ وما بعدها الطبعة السابقة .

فان لـم يعـلم خبره قسـم ماله ، واعتدت امرأته عـدة الوفاة ، وحلت للأزواج ، ويزكى ماله لمـا مضى قبـل قسـمه ، ولا يرثه الا الأحيـاء من ورثته وقت قسـم ماله لا من مات قبـل ذلك •

فان قـدم بعـد قسـمه أخـذ ما وجده بعينــه ، ورجع على من أخـذ البـاقى •

وان مـات مورثه فى مـدة التربص أخـذ كل وارث اليقين ووقف البـاقى •

وطريق العمـل فى ذلك أن تعمـل المسـألة على أنه حى ، ثم على أنه ميت ، ثم تضرب احداهما فى الأخرى ان تباينتا أو فى وفقها ان اتفقتـا وتجـزىء باحداهمـا ان تماثلتـا ، وبأكثرهما ان تداخلتـا ، وتدفـع الى كـل وارث اليقـين وهـو أقـل النصـــيبين ، ومن سـقط فى احداهمـا لم يأخذ شيئا ، فان بان حيا يوم موت موروثه فله حقــه ، والباقى لمسـتحقه ، وان بان ميتـا أو مضت مـدة تربصــه ولـم يبن حـاله ، فالموقوف لورثة الميت الأول ، ولبـاقى الورثة أن يصـطلحوا على مـا زاد عن نصـيبه فيقتسـمه كأخ مفقــود فى الأكدرية مسـألة الحيـاة والموت من أربعــة وخمسين ، للزوج ثلث المـال ، وللأم سدس ، وللجـد تسـعة من مسـألة الحيـاة وللأخت منهـا ثلاثة ويبقى خمســة عشر موقــوفة للمفقــود بتقـدير حيـاته سـتة ، ويبقى تسـعة زادت عن نصـيبه •

ولهـم ان يصـطلحوا على كـل الموقوف اذا لـم يـكن للمفقـود فيـه حـق ، بأن يـكون ممن يحجب غـيره أو لا يرث ، كمـا لـو خلف الميت أما وجـدا وأختـا لأبوين وأختـا لأب مفقــودة ، وكذا ان كان أخـا لأب عصب أختــه مع زوج وأخت لأبوين •

وان حصـل الأسـير من ريع وقف عليــه حفظه وكيـله ومن ينتقـل الوقف اليــه ولا ينفرد أحـدهما بحفظــه •

ومن أشـكل نســـبه فكمفقود ومفقودان فأكثر كخناثى فى التنزيل •

ولو قـال رجـل : أحـد هذين ابنى ثبت نســب أحدهما ، فيعينــه ، فان مات عينــه وارث ، فان تعذر أرى القـافة ، فان تعـذر عين أحدهمــا بالقــرعة ، ولا مدخل للقــرعة فى النســب •

مذهب الزيدية :

جــاء فى البحــر [1] الزخـار : أنه اذا غــرق قــوم أو انهـدم عليهم بنيـان ولـم يعــلم ترتيب موتهم ورث الأموات بعضــهم من بعض مــا كان لهــم فى الأصـــل فقط ثم يورث الأحيــاء من الأموات ما كان لهم فى الأصـل ، وما ورثوه منهم قال الهـادى : يجب أن يمـات الواحـد منهم أيهـم كان ، ويحيى البـاقون ، حتى يرثوه ، ثـم تحيى الـذى أمتــه وتميت من البـاقين آخر حتى

---

(١) من كتاب البحر الزخار الجامع لمـذاهب علماء الأمصار لابن يحيى المـرتضى ج ٥ ص ٣٦٢ ، ص ٣٦٣ الطبعة السابقة .

يرثوه تعمــل ذلك فى كل واحــد منهم واحــدا بعــد واحــد ، ولا يمــات اثنــان منهم فى حالة ، فاذا فــرغ أميتــوا جميعــا ، فيرثهم الأحيــاء ، ولم يرث بعضــهم من بعض فى الأماتة الثــانية ، ولا يمــوت واحــد منهم ثلاث دفعــات بــل مرتين مــرة لتــوريث بعضــهم مــن بعض مــع الأحيــاء ومــرة ليرثهم الأحيــاء منفردين .

قــال زيد عن الحســن لا يورث بعضــهم مــن بعض ، بــل يحــكم بموتهم دفعــة واحــدة فيرث كلا ورثته الأحيــاء .

والدليــل على ذلك قصــة خالد مع خثعم ، فان رسول الله صلى الله عليــه وآله وسلم حــول فى ديتهم ، فكان أصــلا فى التحــويل للاحتيــاط مــع اللبس فى هــذه المســألة ونحوها .

وكمــا لو مــات أحــد الأخــوين فى أول الشــهر ، والثــانى فى آخــره وعــرفنا ذلك قطعــا ، ثم التبس المتقــدم منهمــا ، فيجب توريث كل منمــا من صــاحبه ، والا أبطلنــا حقــا ثابتا ، لأيهمــا .

وقــد روى عــن النبى صــلى الله عليــه وسلم من أبطــل ميراثا فرضــه الله تعالى أبطــل الله ميراثه من الجنــة .

وقــد روى النــاصر عليــه الســلام أن رجــلا وابنــه وأخوين قتلوا يوم صــفين ، ولم يعــلم المتقــدم ، فورث على كــرم الله وجهــه بعضهم من بعض .

فلو غــرق أخوان ولم يعــرف الســابق ، وخلف كل واحــد منهمــا ابنتين ، فمــن أمتــه أولا قدرته ترك ابنتين وأخــا للابنتين الثلثــان والبــاقى للأخ ، ثم أمت الثــانى ورثت تركته كذلك ، ثــم أمتهمــا جميعــا ، وورثت ورثة كل واحــد منهما مــا فى يــده من ماله فى نفســه وميراثه من أخيــه .

والمفقــود [١] لا تقســم تركته حتى يمضى عمــره الطبيعى ، فان عــاد رد كل ما أخــذ اتفــاقا ، اذ لــم يزل ملكه فــان مات مــن يرثه المفقــود ، عــزل نصــيبه حتى ينكشــف أمــره ، أو يمضى عمــره الطبيعى ، فــان التبس تــرتيب موتهمــا ، فكمـــا مــر فى الغــرقى .

مذهب الاماميــة :

جــاء فى الروضــة [٢] البهية : أن المتوارثين لو ماتا دفعــة واحــدة ، أو اشــتبه المتقدم منهما بالمتأخر ، أو اشتبه الســبق والاقتران ، فــلا ارث ، ســواء كان الموت حتف الأنف ، أم بســبب ، الا أن يكون الســبب الغــرق والهــدم على الأشــهر ، وفيهمــا يتــوارث الغــرقى والمهــدوم عليهم ، اذا كان بينهم نســب ، أو ســبب يوجبــان التــوارث ،

---

(١) من كتاب البحــر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لمحمد بن يحيى المرتضي ج ٥ ص ٣٦٤ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٣ هـ سنة ١٩٤٨ م طبع الخانجى بمصر .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٣٦ ص ٣٣٧ ، ص ٣٣٨ الطبعة السابقة .

وكان بينهـم مـال ، ليتحقق بـه الارث ، ولـو من أحـد الطرفين ، واشـتبه المتقـدم منهم والمتأخـر .

فلو عـلم اقتران الموت فـلا ارث .

أو عـلم المتقـــدم مـن المتـأخر ورث المتـأخر دون العكس .

وكان بينهـم توارث ، بحيث يـكون كل واحـد منهـم يرث مـن الآخـــر ، ولـو بمشـاركة غـيره .

فلـو انتفى كمـا لـو غـرق أخـوان ، ولكل واحـد منهما ولد أو لاحـدهما فـلا توارث بينهمـا .

ثم ان كان لأحـدهما مال دون الآخـر ، صـار المـال لمن لا مـال لـه ، ومنـه الى وارثه الحى ، ولا شىء لورثه ذى المـال ، ولا يرث الثـانى المفروض موته ثانيـا ممـا ورث منـــه الأول ، للنص ، واســتلزامه التسلسل ، والمحـال عـادة ، وهـو فرض الحيـاة بعـد المـوت ، لأن التوريث منـه يقتضى فـرض موته ، فلـو ورث ما انتقل عنـه ، لكان حيـا بعـد انتقال المال عنـه ، وهـو ممتنع عـــادة وأورد مثـله فى ارث الأول من الثـانى ورد بأنا نقطع النظـر عما فـرض أولا ، ويجعـل الأول كأنه المتأخـر حيـاة ، بخـلاف ما اذا ورثنـا الأول مـن الثـانى مما كان قـد ورثه الثـانى منـه ، فانه يلزم فـرض موت الأول وحيـاته فى حالة واحـدة ، وفيـه تكلف .

والمعتمـد النص ، فقـد روى عبد الرحمن ابن الحجـاج فى الصـحيح عن الصـادق فى أخـوين ماتا ، لأحدهمـا مائـة ألف درهم ، والآخـر ليس له شىء ركبـا فى السـفينة ، فغرقا فلم يدر أيهمـا مـات أولا ، قـال : المـال لورثة الذى ليس له شىء .

وعن على عليه السـلام فى قوم غرقـوا جميعـا أهل بيت مـال قال : يرث هـؤلاء من هؤلاء وهؤلاء من هؤلاء . ولا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء .

وهـذا حجـة علـى المفيـد وسـلار ، حيث ذهبـا الى توريث كل ممـا ورث منه .

وأجيب بمنع وجوب تقديمـه ، بل هـو على الاستحباب .

ولو سـلم فانما يقدم الأضعف تعبدا ، لا لعلة معقـولة ، فـان أكثـر علل الشـرع والمصـالح المعتبـرة فى نظـر الشـارع خفيـة عنـا تعجـز عقولنـا عن ادراكها ، والواجب اتبـاع النص من غـير نظـر الى العلة ، ولتخلفه مع تسـاويهما فى الاستحقاق ، كأخين لأب فينتفى اعتبار التقديم ، ويصـير مال كل منهما لورثـة الآخـر ، وعلى اعتبار تقديم الأضعف وجوبـا ، كمـا يظهـر مـن العبارة ، وظـاهر الأخبـار تدل عليه .

ومنهـا صحيحة محمـد بن مسـلم عن أحدهمـا ، أو اسـتحبابا على ما أختـاره فى الدروس .

ولو غرق الأبوولده قدم موت الابن فيرث الأب نصـيبه منــه ، ثم يفــرض موت الأب فيرث الابن نصيبــه منه ، ويصير مــال كل الى ورثة الآخــر الأحيــاء ، وان شــاركهما مســاو ، انتقل الى وارثه الحى ما ورثــه •

وان لم يكن لهمــا وارث صــار ما لهمــا الى الامــــام •

وذهب بعض الأصحاب الى تعــدى هــذا الحكم الى كل ســبب يقع معــه الاشــتباه، كالقتيل ، والحريق ، لوجود العلــة ، وهــو ضعيف لمنــع التعليل الموجب للتعــدى مــع كونــه على خــلاف الأصــل ، فيقتصر فيــه على موضــع النص والوفاق •

ولو كان المــوت حتف الأنف فــلا توارث مع الاشــتباه اجماعــا •

أمــا حكم ميراث [1] الخنثى ــ وهــو من له فــرج الرجــال والنســاء ــ فانه يــورث على اعتبار الفرج الذى يبــول منــه ، فــان بــال منهمــا فعلى الذى ســبق منه البول ، بمعنى الحــاقه بلازمه من ذكورية وأنوثيــة ، ســواء تقارنا فى الانقطــاع أم اختلفــا ، وســواء كان الخــارج من الســابق أكثر من الخــارج من المتــأخر ، أم أقــل على الأشهر •

وقيــل : أولا ومع وجود هذه الأوصــاف منهمــا دفعة ، يورث على ما ينقطــع فيــه أخيرا على الأشــهر •

(١) المرجع السابق للجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٣١ ، ص ٣٣٢ الطبعة السابقة .

وقيل : أولا ومع وجــود هذه الأوصــاف يلحقــه حكم جميــع أحــكام من لحق به ، ويسمى واضحا ، ثم مع التســاوى فى البول أخــذا وانقطاعا ويصير مشكلا ، وقد اختلف الأصحاب فى حكمه حينئذ •

فقيل : تعــد أضلاعه فان كانت ثمــانى عشرة فهــو أنثى ، وان كانت ســبع عشرة من الجــانب الأيمن تســع ومن الأيسر ثمان فهــو ذكر ، وكذا لو تساويا وكان فى الأيسر ضــلع صغير ناقص •

ومســتند هذا القــول ما روى من قضاء على عليــه الســلام به معللا ، بأن حــواء خلقت من ضــلع آدم عليــه الســلام ، وان خالفت فى عــدد الأضــلاع وانحصــار أمره بالذكــورة والأنوثــة ، بمعنــى أنــه ليس بطبيعــة ثالثــة ، بمفهــوم الحصر فى قــول الله تعــالى « يهب لمن يشــاء [2] اناثا ويهب لمــن يشــاء الذكور » وفى الرواية ضــعف ، وفى الحصــر منــع ، وجــاز خروجه مخرج الأغلب •

وقيل : يورث بالقــرعة ، لأنها لكل أمــر مشــكل مشــتبه •

والمشــــهور بين الأصــحاب أنه حينئــذ يورث نصــف النصــيبين ، نصيب الذكور ، ونصــيب الأنــاث ، لموثقة هشــام بن سالم عن الصــادق عليــه الســلام قــال : قضى على فى الخنثى ــ له ما للرجــال وله ماللنساء ــ قال : يورث من حيث يبــول ، فان خرج

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة الشورى .

منهمـــا جميعـــا ، فمن حيث سـبق ، فان خـــرج سـواء فمن حيث ينبعث ، فـــان كانا ســـواء ورث ميراث الرجال والنساء .

وليس المـراد الجمـع بين الفريضــــتين اجماعـــا ، فهـــو نصفهما ، ولأن المعهـــود فى الشرع قسـمة ما يقع فيه التنــــازع بين الخصمين مع تساويهما ، وهـــو هنـــا كذلك ولاستحالة الترجح من غير مرجح .

وجـــاء فى شرائع الاســـلام (١) : أن من ليس له فرج الرجـــال ولا النســـاء يـــورث بالقـــرعة ، بل يكتب على ســـهم عبـــد الله ، وعلى الآخـــر أمة الله ويستخرج بعد الدعاء، فمـــا خرج عمل به .

وجـــاء فى الروضـــة البهية (٢) : أن الغيبة المنقطعة ، وهى مانعة من نفـــوذ الارث ظاهرا حتى يثبت موته شرعا ، وقد نبه عليـــه بقوله : والغائب غيبة منقطعة ، بحيث لا يعلم خبره ، لا يورث حتى يمضى لـــه من حين ولادته مدة لا يعيش مثـــله اليهـــا عـــادة ، ولا عبـــرة بالنـــادر ، وهى فى زماننـــا مائـــة وعشرون ســـنة ، ولا يبعـــد الآن الاكتفـــاء بالمـــائة، لنـــدور التعمـــير اليهـــا فى هذه البـــلاد ، فاذا مضـــت للغـــائب المـــدة المعتبـــرة ، حكم بتوريث من هو موجـــود حال الحكم ، ولـــو مـــات لـــه قـــريب فى تلك المـــدة ، عـــزل لـــه نصـــيبه منـــه ، وكان بحـــكم ماله والحـــكم بالتـــربص بميراث الغـــائب المدة المذكـــورة ، وهـــو المشـــهور بين الأصـــحاب ، وهـــو منـــاسب للأصـــل ، لـــكن ليس بـــه رواية صريحـــة .

ومـــا ادعى لـــه من النصـــوص ليس دالا عليـــه .

وفى المســـألة أقـــوال أخـــر مســـتندة الى روايات ، بعضها صحيح .

منهـــا أن يطلب أربع ســـنين فى الأرض ، فان لم يوجـــد قســـم ماله بين ورثتـــه ذهب اليـــه المرتضى والصـــدوق ، وقـــول المصنف فى الدروس ، وجنح اليه العلامة ، وهو قوى مروى ، ويؤيده الحكم الســـابق باعتـــداد زوجتـــه عـــدة الوفاة ، وجـــواز تزوجهـــا بعـــدها ، ولو لـــم يطلب كذلك فالعمـــل على القـــول المشـــهور .

وقيل : يكفى انتظاره عشر سنين من غـــير طلب وهو مروى أيضـــا .

وجـــاء فى شرائع الاسلام (٣) : أن الغائب غيبة منقطعة لا يورث حتى يتحقق موته ، أو تنقضى مدة لا يعيش مثله اليها غالبا ، فيحكم لورثتـــه الموجودين فى وقت الحـــكم .

---

(١) شرائع الاسلام فى الفقه الاســـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٩٧ طبـــع دار مكتبة الحياة ببيروت سنة ١٢٩٥ هـ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٠٠ الطبعة السابقة.

(٣) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٨٣ الطبعة السابقة .

وقيل : يورث بعد انقضـــاء عشر ســـنين من غيبتـــه •

وقيل : يدفـــع ماله الى وارثـــه الملى ، والأول أولى •

مذهب الاباضـــية :

جـــاء فى شرح النيـــل [1] ان توريث الغرقى والهـــدمى يصح ، ومثلهـــم ، من ماتـــوا بحـــرق ، أو فى قتـــال ، ولا يدرى من مـــات أولا ، أو عـــلم اتحـــاد وقت مـــوتهم ، ورث بعضهم من بعض من صـــلب أمـــوالهم، دون ما توارثوه ، بمعنى أنـــه لا يضـــم مال ميت ورث ما ورثـــه من غيره ، فهم يتوارثون فى الكل ، على أنـــه مـــال واحـــد ، كـــارث الأحياء للأموات ، فـــان الحى يـــرث فى كل مـــال الميت ، لا ما منعـــه مانع ، أى لا يجوز ذلك هنـــا ، أى لا يتوارثون فى الكل •

والحاصـــل أن كلا منهمـــا لا يرث ممـــا ورثه منه الآخر ، كزوج وزوجـــة غـــرقى ، لا يدرى من مـــات أولا ، ولكل ألف درهم ، فيقدر الزوج على أنه حى ، ماتت زوجتـــه قبـــله فيرث منها نصـــف ما تركت ، خمسمائة درهم ، ثم يقـــدر أنـــه حى وماتت زوجتـــه بعده فترث من الألف التى كانت بيده أولا ، ربعها مائتين وخمسين دون المئـــات الخمس التى ورث منهـــا ، فانهـــا لا ترث منهـــا •

وان شـــئت فقل : تحيى الزوجـــة فتـــرث من زوجهـــا الربع ، مائتين وخمســـين ، ثم تمات ويحيى الزوج ، فيرث النصف خمسمائة درهم من الألف ، ولا يـــرث من المـــائتين والخمســـين •

وما ذكره المصـــنف وذكرناه هـــو قـــول أصحابنا ، وهـــو مروى عن على وعمر ، وبه قال الكوفيون وجمهور البصريين •

وقال أهل المدينة ، وزيد بن ثابت ، وعمر ابن عبد العزيز ، وجمهـــور الأمة : لا يرث بعضهم بعضـــا ، وكل واحـــد يرثـــه ســـائر ورثتـــه لا من غـــرق أو حرق ، أو قتـــل مثلا معـــه اذ لا ارث بشـــك ، ومـــن شرطـــه تحقق حيـــاة الوارث ، وقضى بـــه عمر بن عبد العـــزيز •

قـــال العـــاصمى : ويمنع ميراث بجهـــل من ســـبق من مـــات بهـــدم أو غـــرق ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لا ميراث بشـــك ، فاذا انتفى الميراث منهمـــا رجـــع ميراث كل واحـــد للبـــاقين من ورثتـــه ، ويقدر الميتـــان كمن لا قـــرابة بينهما ، ولا سبب ارث •

وكذا روى عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه قال : لا ميراث بين من قتل يوم الجمـــل ، ولا يوم الحـــر ، ولا يـــوم صـــفين ، الا من عـــلم أنـــه مـــات قبـــل صـــاحبه ، وجعل ميراث كل واحـــد للأحيـــاء من ورثته•

وروى قومنـــا عن عمـــر رضى الله تعالى

---

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليـــل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٨ ص ٣٨٩ص٣٩٠، ص ٣٩٢ الطبعة السابقة .

عنــه أنــه قال : اذا ماتــا معــا ووجــدت يــد أحدهمـــا على صــاحبه ، يـــورث الأعلى من الأســفل ، لأن الغــالب أن الحى يضــع يــده على الأســفل •

قيل : وهــو قــول لا يعضــده قيــاس•

فــان هلك أخـــوان ، ولـم يعـــلم السـابق ، وتــرك أما وأخــا •

فعلى قــول الجمهور : يكون للأم الثلث مما تــرك كل واحــد ، لا الســـدس ، وللأخ البــاقى •

وعلى قــول أصــحابنا : للأم الســدس لوجود أخ ثالث مع تقــدير أخ من الأخوين الميتين حيــا ، ففريضــتهم من اثنى عشر ، للأم اثنان ، ولكل أخ خمسة فتحفظ الخمسة التى صحت للميت ، ثــم يقــدر مــوت الذى قدرت حيــاته ، وتقــدر حيــاة الآخـــر ، فالفريضـــة أيضــا من اثنى عشر ، للأم اثنان من كل واحــد ، وفى يــد الأخ الحى خمسة من هــذا ، وكذا للآخــر خمســة منـــه ، ففى يــد كل واحــد من الأخوين خمســـة ورثهــا من الآخــر •

ثم قال : واذا علم موت أحــد المتوارثين بنحــو الغــرق بعد الآخر معينا ولم ينس، فالمتأخر يــرث الســابق اجماعــا •

وان عــلم ونسى ، واشــتبه عليه الأمــر وقف الأمــر للبيــان ، أو الصــلح للضرورة•

فهذان قسمان •

والثالث أن يعلم الســابق ولا يعلم عــين الســابق •

والرابع أن لا يعلم السابق •

والخامس أن يعلم الاتحــاد •

وأحــكام هذه الثلاثة واحــدة •

وقيــل فى الثــالث بالتــوقف للبيــان أو الصــلح [1] •

ويحكم على مفقــود لم تعلم حيــاته ، ولا موتــه بموت اذا مضت عليه أربــع ســنين من يــوم فقـــده ، لا من يوم الشـــهادة بالفقــد ، ســنة لكل جهــة ، وعليه العمــل ، وهو قــول عمــر ، وغيره •

وقال ابن مســعود : سبع •

وعن على : ست ســنين •

ويقسم ماله عندنا ، وسواء عندنا الفقــد فى بلد التوحيــد ، والفقــد فى بلد الشرك فى حــرب أو ســلم •

وزعم قوم أن المفقود فى أرض الشرك بلا حــرب ، أو الأســير الذى لا يعلم موتـــه ولا حيــاته ، لا يورث مــاله ، ولا تتــزوج زوجتــه ، ولا تطلق ، مادام له مال تنفق منه ، فاذا انقضى وطلبت الطلاق ، فلها •

---

(١) من كتاب شرح النيــل وشفاء العليــل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٦٥ طبع مطبعة يوســف البــارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ •

أمــا من فقد فى أرض الشرك بالحــــرب فيعمــر فى المــال والزوجــة كالمفقــود فيهــا بلا حــرب •

وقيل تضرب له ســـنة للبحث عنهـــا ، وبعدهــا يورث ، وتعتــد زوجتــه للوفــاة ، والســنة من الاياس منه لا من قيام الزوجية، والتعمير عندهم مالا يعــاش اليه •

وقيــل يجعل لــه أربع ســنين •

وقيل : ســبعون •

وقيل : غير ذلك من أقوال الغيبة •

وقيل : مالا يعاش الى مثله •

أمــا من فقــد فى أرض الاســلام ضرب أربع ســنين بعد العجــز عن خبره وتعتــد بعــد الأربع عــدة الوفــاة ، وتتــزوج ولا يورث ماله حتى يأتى عليــه مـــالا يعيش اليــه •

وان قــدم المفقود[1] أو ظهر حيا ، ولــم يقــدم ، ومثــله الغــائب ، وقــد تــزوجت زوجتــه ، فمــات قبــل أن يعلم مختـــاره ســواء علم بأنها تزوجت ، أم لــم يعـــلم أنــه اختــار أحدهمـــا ، بــل بقى بـــلا اختيــار كالذهول ، أو توهم أنهــا له قطعا مطلقــا ، أو توهم ليســت له قطعــا ، أو بقى ليســأل ، أو لــم يعــلم أنهــا تزوجت، أو نحو ذلك ، مثــل أن يجن ، أو يموت ، ورثته وورثهـــا ، ان ماتت فى الحكم ، سواء علم بتزوجها أو لم يعلم ، ولــو قــال : انى اختــارها لارثها وماتت ، وذلك أنها للمفقود، واذا تبين أنه حى حتى يتركهــا بطــلاق أو اختيار أقل الصــداقين •

ثم قال : وخــرجت من الآخــر اذا مــات الأول ، ولــم يعلم مختاره ، لأنهــا لا تخرج من عصمة الأول الا بطــلاق أو نحـــوه أو باختيار أقل الصــداقين ، وقد مــات بعــد ظهوره قبــل أن يتيقنوا منه بشىء من ذلك ، فاستصحب الأصــل ، وهو أنها زوجــة لــه فتخــرج عن الثــانى •

وجــاء فى شرح النيل[2] : أن العــــدالة تــلزم كلا من الأبــوين أو الآبـــاء لولــد مشــترك بينهمــا ، وهــو من ولدتــه امرأة أو سرية دخــل عليهــا رجلان أو أكثــر فى طهــر واحــد بنكاح ، مثــل أن يزوجهــا ولى الرجل ، وآخــر لآخــر ، ولا يعلم الأول منهمــا ، وقــد دخلا عليهـــا ، ويكون ذلك كولد واحــد أى خالص لرجــل واحـــد ، فيعطيه كل واحــد من الآبـــاء المشــتركين فيــه ، مــثل ما أعطى لولده الخــاص بــه حوطــة •

وقيــل : يعطيه كل نصفه أى نصف الولد الخــاص ، لأنــه بنفقـــة نصف النفقــة ،

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لمحمــد بن يــوســف أطفيش ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب شرح النيل وشفاء العليــل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ طبع مطبعة يوســف البــارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

ويرث منه نصف الميراث ، وان كان الآباء ثلاثة فأثلاثا ، وهكذا ، الا ان قيل : لا يكون الاشتراك فوق ثلاثة .

والصحيح القول الثانى ، ولعل الأول احتياط .

وكذا المختلط مثل أن تلد امرأتان أو أكثر فى ظلمة ، فلا تعلم كل منهن ولدها ، ويقررن بالجهل ، أو صرن يدعين ، ولا بيان ، أو فى غير ظلمة ، وتناكرن ، ولا بيان ، أو تشابهوا عليهن أو على أبائهن ، ولو بعد كبر ، قبل بلوغ أو بعده ، بحيث لا علم للولد أن ينكر من ينكر ، ويقبل من يقبل ، ولو صح عقله ، وكل واحد من الأولاد مختلط يعطيه كل أب كل ما يعطى ولده حوطة .

وقيل : نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك بحسب عدد الآباء كارثة ونفقته .

ويتصور الاختلاط فى الواحد ، باعتبار اللبس فى أبيه ، أهذا هو أم هذا ، بأن تلده امرأة وقد تزوجها رجلان فى طهر واحد ، ومسها واحد فقط ولا يعلم ، فذلك الولد الذى تلد بذلك المس مختلط فى عرف الفقهاء أيضا .

ومثال العدالة أن يعطى ولده الخالص له ، فيعطى الولدين المختلطين كلا منهما ، مثل ما أعطى ولده ، لأن كلا من المختلطين يمكن أن يكون هو الذى له .

وقيل : يعطى كلا منهما نصف ما أعطى ولده ، وكذا الأكثر ، وكذا يفعل الشريك ، فلو أعطى ولده عشرة ، أعطى الولد المختلط عشرة ، والمختلط الآخر عشرة ، وعلى القول الثانى : يعطى كلا خمسة .

اشتراط

يجرى بحث كلمة (اشتراط) فى الفقه الاسلامى على المنهج التالى :

أولا : معنى اشتراط لغة واصطلاحا . واصطلاحا .

ثانيا : أنواع الشرط فى الفقه الاسلامى .

ثالثا : آثار الشرط الجعلى .

شرط التعليق

وشرط التقييد على التصرفات فى الفقه الاسلامى .

أولا : معنى اشتراط لغة واصطلاحا .

(أ) معنى اشتراط لغة :

الاشتراط مصدر للفعل « اشترط يقال اشترط محمد على خالد كذا ، أى أخذ عليه شرطا والشرط (كما جاء فى لسان العرب[1])

(١) انظر من كتاب لسان العرب للامام العلامة أبى الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى ج ٩ ص ٢٠٢ طبع دار صادر دار بيروت سنة ١٣٧٤ هـ سنة ١٩٥٥ م الطبعة الأولى مادة شرط .

هو الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط .. ، وقد شرط له وعليه كذا يشرط شرطا ، واشترط عليه ، والشريطة كالشرط ، وقد شارطه وشرط له في ضيعته يشرط وشرط للأجير يشرط شرطا .

والشرط أيضا : بزغ الحجام بالمشرط ، يقال شرط يشرط ــ بكسر الراء وضمها ــ شرطا ، اذا بزغ .

والشرط الذي نبحثه هنا هو الشرط بالمعنى الأول وهو الزام الشيء والتزامه ، فاذا اشترط المشترى على البائع شرطا ، فقد ألزمه أمرا ، وكل منهما قد التزم للآخر بما اشترط في العقد .

(ب) معنى الشرط اصطلاحا :

يطلق الشرط في الفقه الاسلامي على نوعين : الشرط المحض ، وشرط التقييد .

الأول الشرط المحض : وهو ما وضحه صدر الشريعة [1] بقوله : شرط الشيء ما يتوقف عليه تحققه ولا يكون داخلا في ذلك الشيء ، ولا مؤثرا فيه ، فبالضرورة ينتفى بانتفائه » وهذا النوع من الشرط ينقسم الى شرط حقيقي ، وشرط جعلي :

١ ــ الشرط الحقيقي هو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصح الحكم بدونه ، كما في الوضوء بالنسبة للصلاة اذ الوضوء أمر خارج عن الصلاة أوجبه الله تعالى على العبد قبل الدخول فيها ، ليهيىء نفسه للقاء ربه والمثول بين يديه ، ولا يقتضى وجود الوضوء وجود الصلاة ، فقد يوجد الوضوء ولا توجد الصلاة ، ولكن الصلاة يتوقف وجودها عليه ، فاذا لم يوجد لم توجد فالوضوء غير مؤثر في وجودها، فالشرط يتعلق به وجود الحكم لا وجوبه، وكالشهود للنكاح : قال عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح الا بشهود » فاذا لم يوجد الشهود لا يصح عقد النكاح[2] ، وهذا الارتباط بين الشهود وعقد النكاح أوجبه الشارع فهو ارتباط شرعي ، ومثل هذا الشرط يسمى شرطا شرعيا « ويجرى هذا في كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة صلاة أو اقامة حد ، أو صحة تصرفات .. »

٢ ــ الشرط الجعلي : وهو أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته ، وقد سمى بذلك ، لأن المكلف هو الذي جعله شرطا ، وعلق عليه قيام التصرف ، كما يسمى العقد المعلق على شرط ، عقدا معلقا .

ويسمى الشرط أيضا « شرطا معلقا » أو شرط التعليق .

---

(١) انظر من كتاب شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود وعليه التلويح للامام سعد الدين التفتازاني وحاشية الفزى على التلويح وحاشية منلاخسرو وعبد الحكيم عليه أيضا ج ١ ص ١٤٥ طبع مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر .

(٢) لم يأخذ المالكية بهذا الحديث .

وقــد عرف الحمــوى التعليق بقوله « هو ترتيب أمــر لم يوجــد على أمــر يوجــد بان أو احــدى أخواتهــا [١] » •

ويســمى أيضــا بالشرط اللغــوى ، لأن واضــع اللغــة هـــو الــذى ربــط الشرط بمشروطه ، أى جعــل هــذا الــربط اللفظى دالا على ارتبــاط معنــى اللفــظ بعضــــه ببعض [٢] •

ويكون التعليــق بأداة من أدوات الشرط • كان واذا ومتى وكلما ، كمــا يكون بما يقوم مقــامها مما يدل على ربط حصــول مضمون جملة بحصـــول مضـمون جملة أخــرى ، كمــا لــو دل الكــلام على التعليق دلالة كلمة الشــرط عليــه •

ومثــال التعليــق بــأداة الشرط : ان اســتحق المبيــع فأنــا كفيــل بالثمــن ، فقــد علق الكفالة على شرط هــو استحقاق المبيــع •

ومثال ما يدل على التعــليق دلالــة كلمــة الشرط عليــه : أن يقــول المكافأة التــى أنالهــا هــذا العــام صــدقة على الفقــراء، فقــد عــلق الصــدقة على نيل المـــكافأة هــذا العــام وترتب الحــكم على الوصــف تعــليق له بهــذا الوصــف ، كالشرط كأنــه قــال : ان نلت مكافــأة فى هــذا العــــام فهى صــدقة على الفقــراء •

الفــرق بين الشرط الحقيقى والجعلى :

يفترق الشرطان من حيث انــه اذا انتفى الشرط الحقيقى ينتفى المشروط ، فــان صحة الصــلاة تنتفى عنــد انتفــــاء الوضوء •

أمــا اذا انتفــى الشرط الجعــلى فانــه لا دلالة لانتفــائه على انتفاء المشروط ، فان المشروط يمكن أن يوجـــد بــدون الشرط ، نحــو أن دخــلت الــدار فأنت طــــالق ، فعنــد انتفـــاء الدخــول يمـــكن أن يقــع الطــلاق بســبب أخر [٣] •

النوع الثانى : شرط التقييد :

كمـــا عــرف الحمــوى شرط التقييــد بأنــه « التزام أمــر لم يوجــد فى أمـــر وجــد بصيغة مخصوصة » أو بعبارة أخرى : أن يقترن التصرف بالتزام أحــد الطرفين أو

(١) أنظر من كتاب الاشباه والنظــائر مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى والمتن لمولانا زين العابدين ابراهيم الشهير بابن نجيم المصرى والشرح لمولانا السيد احمــد بن محمــد الحنفى الحموى جـ ١ ص ٢٠١ طبع المطبعــة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٢٩٠ هـ .

(٢) الفروق للامام العلامة شهاب الدين أبى العباس احمــد بن ادريس بن عبــد الرحمـــن الصنهاجى المشهور بالقرافى وحاشــية عمــدة المحققين سراج الدين أبى القاسم بن عبد الله الانصارى المعروف بابن الشاط وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية لحمد بن على ابن الشيخ حسين مفتى المالكيه بمكة المكرمة جـ١ ص ٦٠ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) انظــر من كتاب التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة حـ ١ ص ١٤٥ الطبعة الســابقة والفروق للامام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمــن الصنهاجى المشهور بالقرافى حـ ١ ص ٦٢ الطبعةالسابقة.

كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف ، وغير موجود وقت التعاقد

وذلك بكلمة بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا ، أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط ، فاذا اشترط فى البيع رهن بالثمن المؤجل ، فان هذا الاشتراط أدى الى التزام أمر لم يوجد وقت التعاقد — وهو الرهن فى عقد وجد بصيغة مخصوصة وهو عقد البيع •

ونقصر البحث هنا على ما يشترطه المكلف فى تصرف من تصرفاته ، وهذا يتناول الشرط الجعلى ، أو الشرط المعلق — وشرط التقييد ، أما الشرط الحقيقى أو الشرعى فسيأتى بحثه فى كلمة (شرط) •

خصائص كل من الشرط المعلق والشرط المقيد

أولا خصائص الشرط المعلق : يشترط لصحة التعليق ما يأتى :

١ — أن يكون أمرا زائدا على أصل التصرف — كما أوضحنا آنفا — لأن الشرط هو الأمر الخارج عن الشىء فهو محض واقعة اعتبرها المكلف ، وعلق عليها تصرفه بارادته ، وليس للشرط تأثير فى وجود التصرف أو عدمه •

٢ — أن يكون أمرا مستقبلا ، وذلك لأن الشرط وجوابه لا يتعلقان الا بأمر يوجد مستقبلا ، فاذا قال لزوجته : ان دخلت الدار فأنت طالق يحمل على دخول مستقبل وطلاق لم يقع قبل التعليق اجماعا [1] •

٣ — أن يكون أمرا معدوما على خطر الوجود ، أى ألا يكون أمرا واقعا بالفعل ، والا كان التصرف منجزا ، كما لو قال : ان كانت الشمس طالعة فأنا كفيل بالثمن ، وكانت الشمس طالعة فعلا ، وألا يكون أمرا مستحيلا ، والا كان التصرف باطلا ، كما لو قال ان طلعت الشمس من المغرب فقد وكلتك فى بيع منزلى ، فلابد من كون الشرط أمرا معدوما على خطر الوجود ، أى ممكنا[2] •

٤ — أن يكون التعليق على أمر يرجى الوقوف على وجوده ، فاذا علق التصرف على أمر مجهول لا يصح التعليق كالتعليق على مشيئة الله تعالى عند بعض الفقهاء • فلو قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى ، لا يقع الطلاق عند الأحناف والشافعية ، لأنه علقه على شىء لا يرجى الوقوف

---

(١) انظر من كتاب الفروق للأمام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن أدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافى حـ ١ ص ٧٧ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .

(٢) انظر من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ص ٢٠١ الطبعة السابقة .

والأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبدالرحمن السيوطى ص ٣٧٦ الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ سنة ١٩٥٩ م .

على وجـوده (١) •

٥ ـ ألا يوجـد فاصـل أجنبى بين الشرط والجـزاء ، فلو قـال : لزوجتـه أنت طالق ثم قـال بعـد فتـرة مـن الزمـن : ان خـرجت مـن الـدار دون اذن منى لـم يكن تعليقـا للطـلاق ، ويـكون الطـلاق منجـزا بالجمـلة الأولى (٢) •

ما يترتب على التعليق :

اختلف الفقهـاء فى كـون العقـد على شرط ينعقـد سـببا لحكمـه فى الحـال ، أم أنه لا يوجـد العقـد الا بعـد تحقـق الشرط الى رأيين •

الرأى الأول : يرى الحنيفـة أن التعـليق يترتب عليـه ألا يوجـد العقـد الا بعـد تحقق الأمـر الذى علق عليـه العقـد ، فاذا تحقق هـذا الأمر وجـد العقـد ، وترتبت عليـه أحـكامه وآثاره مـن وقت تحقـق الشرط فقط ، أمـا قبـل تحقـق الشرط فلا يوجـد العقـد(٣) •

وتعتبر صـيغة التعليق الموجـودة حينئذ سببا مجازيا ، أو علة اسما •

كمـا يعتبر الشرط الذى علق عيـه العقد علة حكمـا فقط •

والسبب المجـازى هو ما يفضى الى الحـكم فى الجملة (انظـر مصطلح سبب) •

والعلة أسـما : هى ما يضـاف الحـكم اليهـا من غير تأثير ، ويتراخى الحـكم عنها انظر مصطلح (علة) •

والعلة حكمـا هى ما يتصـل بهـا الحكم من غير اضـافة ولا تأثير (انظـر مصطلح علـة)(٤) •

الرأى الثـانى : يرى الشافعية أن التعليق على الشرط ينعقد سـببا للحكم فى الحـال ، ولكن التعليق يؤخـر وجـود الحـكم الى زمان وجـود الشرط ، فالعقـد المعلق على الشرط موجـود ، ولكن حكمـه تأخـر الى وقت تحقق الشرط الذى علق عليـه ، فـاذا قـال ان اسـتحق المبيع فأنا ضـامن لذلك أنعقد قوله « فأنا ضـامن » سـببا للحـكم فى الحـال ، ولكن التعـليق على الشرط ـ وهو اسـتحقاق المبيع ـ أخـر الحـكم ـ وهـو الضـمان ـ الى الوقت الذى يتحقق فيـه الشرط •

فالتعليق عنـد الشـافعية بمنزلة الاضافة الى الأجل فى أن كلا منهما لا يمنع السـبب

---

(١) التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٤٨ ، ومغنى المحتاج للعـلامة الفقيه الشـيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج المذكور لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى حـ ٣ ص ٢٨١ طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

(٢) انظر كتـاب كشـاف القناع عن متن الاقناع العلامة الشيخ منصور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصـور ابن يونس البهوتى جـ ٣ ص ١٧٣ طبع المطبعـة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعـة الأولى .

(٣) انظر كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ص ٣٠١ الطبعة السابقة .

(٤) التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة والتلويح عليه للامام سعد الدين التفتازانى جـ ١ ص ١٤٨ الطبعة السابقة .

عن الانعقـــاد ، وانمـــا يؤخـــر الحـــكم فقط فالعقـــد موجـــود فى حالة التعليق ، وفى حالة الاضـــافة الى أجـــل ، والتعـــليق يؤخـــر الحـــكم الى حين تحقق الشرط المعلق عليـــه ، كمـــا أن الاضـــافة الى الأجـــل تؤخر الحكم الى أن يجىء الوقت المضـــاف اليـــه •

أثر الخـــلاف :

ويظهـــر أثر الخلاف فيمـــا يأتى :

(أ) اذا قـــام شـــخص بالوفـــاء بالتزامه المعـــلق على شرط قبـــل تحقـــق الشرط ، ثم تحقق الشرط ، فهـــل الوفـــاء الســـابق بهذا الالتزام يجزىء بعـــد تحقق الشرط أم لا ؟ كمـــا لو نذر أن يتصدق بمبلغ من المـــال ان قدم ابنـــه من السفر ، ثم تصـــدق قبـــل قدومه بهـــذا المبلغ وبعـــد ذلك حضر الابن •

فبنـــاء ، على رأى الشـــــافعية لا يجب عليـــه التصـــدق مرة أخرى ، لأنه حينمـــا تصـــدق كان الالتزام موجـــودا • وتعجيل الأداء بعـــد وجـــود السبب وقبل وجـــوب الأداء صحيح بالاتفاق ، كتعجيل الزكاة قبـــل الحـــول اذا وجـــد الســـبب وهـــو النصاب •

وبنـــاء على رأى أبى حنيفـــة يلزمه التصديق مرة أخـــرى عنـــد تحقق الشرط ، لأنه حينما تصدق كان الالتزام غير موجـــود ، وتعجيل الأداء قبـــل وجـــود الســـــبب لا يجـــوز بالاتفاق •

(ب) وكذا لـــو قـــال شـــخص لامرأته ان تزوجتك فأنت طـــالق ، أو لعبـــد ان ملكتك فأنت حـــــر ، ثـــم تزوج المـــرأة ، أو ملك العبـــد •

فبنـــاء على رأى الشـــــافعى لا تطـــلق المرأة ، ولا يعتق العبـــد ، لأن العقـــد عنده موجـــود منذ صدوره ، ووجود الملك شرط عنـــد تحقق الســـبب ، فيبطـــل التعليق ، لعـــدم وجـــود الملك •

وبنـــاء على رأى أبى حنيفـــة تطلق المرأة ويعتـــق العبـــد ، لأن العبـــد وجـــد عنـــد تحقـــق الشرط ، وفى هـــــذا الـــوقت كان مالكا ، فيصح التعليق لوجـــود الملك عنـــد تحقق الشرط المعلق عليه العقـــد [1] •

ثانيـــا : خصائص شرط التقييد :

١ ــ أنه أمـــر زائد عن أصـــل التصرف ، فقـــد صرح الزركشى فى قواعده بأن « الشرط ما جزم فيـــه بالأصـــل ــ أى أصـــل الفعل ــ وشرط فيه أمـــر آخـــر [2] •

٢ ــ أنه امر مســـتقبل ، ويتضح هـــذا مما أورده الحمـــوى فى تعـــريف الشرط بقوله أنه « التزام أمر لم يوجـــد فى أمر وجد • »

---

(١) التوضيح على التنقيح لصدر الشريعـــة عبيد الله بن مسعود والتلويح عليه لسعد الدين التفتازانى وحاشـــية الفنرى عليه وعبد الحكيم ايضا حـ ١ ص ١٤٦ ، ص ١٤٧ الطبعة السابقة.

(٢) انظر كتاب الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى والمتن لمـــولانا زين العابدين ابراهيم الشهير بأبن نجيم المصرى حـ ٢ ص ٢٢٤ الطبعة السابقة

الفـــرق بين التعليق والشرط المقيـــد :

جاء فى حاشـــية الحمـــوى « وقد فـــرق الزركشى فى قواعـــده بين التعـــليق والشرط فقـــال : ان التعـــليق ترتيب أمـــر لم يوجـــد على أمر يوجـــد بان أو احـــدى اخواتهـــا

والشرط التزام أمـــر لم يوجـــد فى أمـــر وجد بصيغة مخصوصة »[1] •

آثار كل من الشرطين على التصرفات :

نبين أولا حـــكم تعـــليق التصرفـــات على الشرط ، ثم نبين ثانيا حكم تقييـــدها بالشروط

حكم تعليق التصرفات :

مذهب الحنفية :

تنقســـم التصرفات مـــن حيث قبولهـــا التعـــليق على الشرط ، وعـــدم قبـــولها فى مذهب الحنفية الى ثلاثة أقسام •

القســـم الأول : تصرفات لا تقبـــل التعليق مطلقا : ويشـــمل هـــذا القســـم : التمليكات والتقييدات والرهن والأقرار •

(أ) التمليكات : تشـــمل التمليكات العقـــود والتصرفات الآتية :

١ ـــ البيع : لا يصـــح تعليق البيـــع على الشروط مطلقـــا ، لأنه من عقـــود التمليك ، وهى تقتضى انتقـــال الملكيـــة فى الحـــال ، والتعـــليق تمليـــك على ســـبيل المخاطرة ، ولمـــا كانت هـــذه التمليكات للحـــال لم يصح تعليقهـــا بالخطـــر ، لوجـــود معنى القمار ، فيفســـد البيـــع اذا علق على الشرط ، كأن يقـــول البـــائع بعتـــك هـــذا الشىء ان كان على حاضرا •

ويســـتثنى من هـــذا الحـــكم صـــورة واحدة ، وهى أن يقـــول بعتـــك هـــذا ان رضى فلان فانه يجـــوز أن وقتـــه بثـــلاثة أيام ، لأنه اشتراط الخيـــار لشـــخص أجنبى وهو جـــائز [2] •

٢ ـــ الاقالة : ففى البزازية لا يصح تعليق الاقالة على الشروط كأن باع ثورا من زيد ، فقال البائع : اشتريته رخيصا (يريد الاقالة) فقـــال زيد للبـــائع : ان وجـــدت مشـــتريا للسلعة المبيعـــة لى بثمن أكثر فبعهـــا منه ، فاذا وجد فباعها ، لا ينعقد البيع الثـــانى ، لأن قـــوله « ان وجـــدت • الخ » اقـــالة وتعليق الاقالة على الشرط لا يصح •

وفيها أيضا : اذا قال المشترى انه يخسر ، فقـــال البـــائع : بعـــه فان خسر فعـــلى ، فبـــاع فخسر لا يلزمه شىء [3] •

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نحيم مع حاشـــية الحموى حـ ٢ ص ٢٢٤ الطبعة السابقة .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المختار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين حـ ٢ ص ٣٤٦ ، ص ٣٦٢ الطبعـــة الثـــالثة

(٣) نفس المرجـــع حـ ٤ ص ٢٢٣ الطبعـــة السابقة .

٣ ـ الصلح عن مال بمـــال : لا يصـــح تعليق هذا النـــوع على الشرط ، فاذا قال : صالحتك عن الألف التى لى عندك بهذا المـــال أن قدم زيد فانه لا يصح ، لأنه حينئذ يكون معاوضة مال بمال فيكون بيعـــا ، والبيـــــع لا يصح تعليقه كما بينا آنفا .

وفى الزيلعى : انمـــا يكون بيعـــا اذا كان البدل خلاف جنس المدعى به ، فلو كان البدل من جنســـه ، فان كان بأقـــل منـــه فهـــو حط وابراء ، وان كان بمثله فقبض واستيفاء ، وان كان بأكثر فهـــو فضـــل وربا (١) .

٤ ـ القسمة ، ولا يصح تعليق القسمة على الشرط أيضـــا ، لأن فيهـــا معنى المبـــــادلة فهى كالبيـــع ، أما تعلقهـــا على رضا أجنبى فان الأمر لا يخـــلو : أما أن يكون تعليقهـــا على رضـــاه غير مؤقت أو مؤقت ، فان كان غـــير مؤقت فـــانه لا يصـــح التعليق مطلقـــا وان كـــان مؤقتـــا يصـــح اذا كـــان الشىء محـــل القســـمة من جنس واحـــد علـــى أنه خيـــار شرط لأجنبى ، كما يصح فى البيع(٢) .

٥ ، ٦ ، ٧ : الاجـــارة ومثلهـــا المزارعة والمســـاقاة ، لا يصـــح تعليق الاجارة على الشرط مطلقـــــا ، لأنهـــا تمليك المنفعـــة والأجرة ، فهى من عقـــود التمليكات وتعليق التمليكات لا يصـــح ، فاذا قال شـــخص لآخر آجـــــرتك هـــذه الدار ان قـــدم ابنى من السـفر تفســـد الاجارة للتعليق (٣) .

ومثـــل الاجـــارة : المزارعة والمســـاقاة . فاذا قال شـــخص لآخـــر : زارعتـــك أرضى أو ساقيتك كرمى ان قـــدم ابنى ، تفســـد المزارعـــة والمســـــاقاة ، لأنهمـــا فى معنـــى الاجـــارة والاجارة لا يصح تعليقها (٤) .

٨ ، ٩ : النـــكاح : لا يصـــح تعليقـــــه أيضـــا ، لأنه مـــن عقـــود التمليـــكات ، فاذا قـــالت : ان رضى أبى تزوجتـــك لا يصـــح لأنه تعـــليق والنـــكاح لا يحتمله كمـــا فى الخانيـــة .

وفى الظهيرية لو كان الأب حاضرا فقبل فى المجلس جـــاز ، وهو استحسان (٥) .

وكـــذلك الخـــلع من جـــانب الزوجـــــة لا يصح تعليقه .

١٠ ـ الاجازة : والمقصود بها أجازة عقد من العقـــود التى لا يصح تعليقهـــا على الشرط ، فاذا قالت البالغـــة : أجـــزت النكاح ان رضيت أمى ، كان هـــذا التعليق مبطـــــلا لاجازتهـــا النكاح(٦) .

---

(١) رد المحتـــار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٨ الطبعة السابقة.

(٢) المرجع السابق لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٤٦ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق وحاشية ابن عـــابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٧ الطبعة السابقة .

(٤) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥١ الطبعة السابقة .

(٥) حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥٤ الطبعة السابقة .

(٦) رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٧ الطبعة السابقة .

(ب) تعليق التبرعات : وتشمل التصرفات الآتيــة :

١ ــ الهبــة : لا يصــح تعليق الهبـــة على الشرط مطلقــا ، لأن من شرط ركن الهبة ــ الصـيغة ــ ألا يكون معلقــا بماله خطر الوجـود والعـدم من دخـول زيد ، وقدوم خالد ، ورقبى ، ونحو ذلك ، لأن الهبــة تمليك العـين للحـال ، والتمليك لا يحتمل التعليق بالخطــر ، كالبيع [١] .

٢ ــ الوقف : لا يصح تعليق الوقف على الشرط ، لأنه ليس ممــا يحلف به ، فلو قال : ان قــدم ولدى فدارى صـدقة موقوفة على المســاكين فجــاء ولده ، لا تصــير وقفــا : لأن شرط الوقف أن يكون منجــزا ، جــزم به فى فتح القدير [٢] . والاســعاف حيث قال : اذا جــاء غــد ، أو رأس الشـــهر أو اذا كلمت فلانا أو اذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة موقوفة يكون باطلا ، لأنه تعــليق والوقف لا يحتمــل التعــليق بالخطر .

وفى رواية ضعيفة يصح تعليقه [٣] .

(ج) التقييدات : ويندرج تحتها ما يأتى :

١ ــ الحجر على المــأذون بالتجـــارة ، لا يصــح تعــليق الحجــر عــلى الشرط ولا اضــافته الى أجــل ، فلو قال للمــأذون ان قــدم فــلان فأنت محجــور ، أو فقــد حجرت عليــك غــدا أو رأس الشـــهر ، لا يصــح مع أن الاذن بالتجــارة يصــح تعليقــه واضــافته ، ووجــه الفــرق ان الاذن تصرف اســقاط ، لأن انحجــاز العبد ثبت حقـــا لمــولاه ، وبالاذن أســـقطه ، والاسقاطات تحتمــل التعليق والاضـــافة كالطــلاق والعتــاق ونحوهمــا ، فأما الحجر فاثبات الحــق واعادته ، والاثبــات لا يحتمل التعليق والاضــافة كالرجعــة ونحوها [٤] .

٢ ــ ٣ : عزل الوكيل والرجعة ، وكذلك لا يصــح تعــليق هـــذين التصرفين على الشرط ، فلو قال لوكيله عزلتك ان قدم فلان ، أو قال لزوجته المطلقة منه طلاقا رجعيــا : راجعتك ان قدم فلان ، لا يصح العــزل ، ولا الرجعة ، لأن هــذه التصرفات من التقييدات ، حيث ان فى الوكالة اطلاقــا عما كان ممنوعــا منــه من التصرف فى مال الموكل ، وفى العــزل تقييد لذلك الاطلاق ، وكذا فى الرجعة تقييــد

---

(١) انظر كتاب بدائع الصـــنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى حـ ٢ص ١١٨ الطبعة الاولى طبع مطبعــة المطبوعـــات العلمية بمصر .

(٢) انظر من شرح فتح القدير للشيخ الامام كمال الدين محمـــد بن عبد الواحـــد السيواسى السكنــدرى المعــروف بابن الهمــام وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد ابن محمود البابرتى وحاشية المولى المحقق سعد الدين عيسى المفتى الشهيربسعدى جلبوبسعدى افندى على شرح العناية المذكور وعلى الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى حـ ٥ ص ٣٧ مطبعة مصطفى محمد .

(٣) رد المحتار على الدر المختار وحاشـــية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة.

(٤) بدائـــع الصـــنائع فى ترتيب الشرائـــع للكاسانى حـ ٧ ص ١٩٢ الطبعة السابقة .

للمرأة عمـا أطلق لهـا بالطـلاق من حقـوق الزوجيـة (١) .

(د) تعليق الاقـرار : الأصـح فى المذهب الحنفى عدم صحة تعليق الاقـرار على الشرط، لأنه ليس ممـا يحلف به ، فاذا قال : لفـلان على كذا ان أقرضنى كذا ، أو ان قـدم فـلان، أو ادعى شخص على آخر مالا ، فقال : ان لم آتك بـه غدا فهـو على ، فانه لا يصح هذا الاقـرار ، ولا يلزمه شىء ان أقرضـه أو قدم فـلان ، أو لم يأت به غـدا ، لأنه علق الاقـرار على شرط فيـه خطر والتعـليق بالشرط يخرج الاقرار عن أن يكون اقرارا ، لأنه يترتب على التعليق ظهـور الحق عنـد تحقق الشرط وعـدم ظهـوره ان لم يتحقق، وهـذا ينافى حقيقة الاقرار (٢) .

القسم الثانى : تصرفات يصح تعليقهـا على الشرط الملائم فقط . ويشمل هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) الالتزامات ، ويندرج تحتها ما يأتى :

١ ـ ٢ : الكفالة والحوالة : يصح تعليق الـكفالة والحـوالة على الشرط الملائم دون غيره ، والشرط الملائم هـو ما يؤكد موجب العقـد ، كأن يكون سـببا لظهـور الحق أو وجوبه أو وسيلة اليه أو سببا لتعـذر الاستيفاء .

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٤٥ ، ص ٣٤٧ ، ص ٣٥٠ .
(٢) المرجع السابق لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة .

فمثال الأول : أن يقول : أن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، فان الشرط وهو استحقاق المبيـع سبب لوجـوب الثمن للمشترى على البـائع .

ومن هذا القبيل ما فى الآية القرآنيـة « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » (٣) فان الـكفالة بالجعـل معلقـة بسبب وجوبه وهو المجىء بصاع الملك .

ومثـال الثانى : أن يقـول : ان غصب فلان منك هـذا الشىء ، أو ان بايعت فلانا فأنا ضـامن لذلك جـاز ، لأن هـذه الأفعال سبب لوجوب الضمان .

ومثال الثالث : أن يقـول : اذا قدم فلان ـ وهو مكفول عنه أو مضاربه ـ فأنا كفيل ، صحت الـكفالة ، لأن قدومه وسـيلة الى الأداء فى الجملة ، وسبب موصل للاستيفاء منـه .

ومثال الرابع : ما اذا قال : ان غاب فـلان عن البـلد أو هـرب ولم يدع شـيئا ، فأنا كفيـل ، صحت الـكفالة لأن الغيبـة والهرب سبب لتعذر الاستيفاء منه (٤) .

(٣) الآية رقم ٧٢ من سورة يوسف .
(٤) فتح القدير وهامشه شرح العنايه على الهـداية حـ ٥ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٦ الطبعـة السابقة ، والفتاوى الهندية المسـماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان وهو للامام فخر الدين حسن بن منصور الأوز جندى الفرغانى الحنفى حـ ٣ ص ١٨٩ طبع المطبعة الكبـرى الأميرية ببولاق مصر سـنة ١٣١٠ هـ الطبعـة الثانية .

أما ان علقت الكفالة وكذا الحـوالة على شرط غير ملائم فانهـا لا تصـح ، كمـا لو قال : ان هبت الريح أو ان دخـل زيد الدار فأنا كفيـل ، لأن الكفالة فيهـا معنى التمليـك والأصـل ألا يجـوز تعليقهـا بالشرط ، واستثنى الشرط الملائم لهـا ، لأن العرف جار فى مثل هذه الشروط .

٣ ـ التحريضـات : ويصـح تعـليق التحريضات على الشرط الملائم ، كما لو قال الامام قبـل دخول المعركة من قتـل قتيـلا فله سـلبه ، فانه بذلك قـد جعـل استحقاق السـلب معلقـا على قتـل العـدو ، وهذا الشرط شرط ملائم ، لأن قتـل العدو ملائم لاستحقاق المكافأة وهى سـلب القتيـل ، كما أن فيـه تحريض المحاربين على الانتصـار على أعدائهم (١) .

(ب) الاطلاقات : ومنها الاذن للصـبى بالتجـارة ، فاذا علق هـذا الاذن على شرط ملائم جـاز ، مثـل أن يقول للصبى : اذا بلغ سـنك خمسـة عشر عـاما ، أو اذا صلحت فقد أذنت لك فى التجارة ، لأن بلوغ السن ، وكذا صـلاحه يناسب ويلائم الاذن بالتجـارة ، أما لو قال : ان قـدم زيد ، أو ان هبت الريح فقـد أذنت لك فانه لا يصـح : لأنه شرط غير ملائم (٢) .

(ج) الولايات : ومنهـا القضاء والامارة : فان كلا من القضـاء والامارة يقبـل التعليق على الشرط الملائم دون غـيره ، مثـل أن يقـول الامام لشـخص اذا وصـلت الى بلدة كذا فأنت قاضـيها ، أو اذا وصـلت الى مكة فأنت أمير الحج فى هـذا الموسـم ، فانه يصـح ، ويصبح عنـد تحقق الشرط قاضيا أو أميرا ، لأنه شرط ملائم لهـا ، أما لو علقهـا على شرط غير ملائم فانه لا يصح كمـا لو علقهـا على هبـوب الريح ، أو نزول مطـر .

والأصل فى جـواز تعليق الامارة قـوله صـلى الله عليـه وسـلم حين بعث البعث الى مؤتة ، وأمر عليهم زيد بن حارثة « ان قتـل زيد بن حارثة فجعفـر أميركم ، وان قتـل جعفـر فعبـد الله بن رواحة رواه البخـارى ، وهذه القصـة ممـا اتفق عليها جميـع أهل السـير والمغازى (٣) .

(د) الاسقاطات : ومنهـا الابراء عن الـكفالة ، ذكر فى البحـر صـحة الابراء عن الكفالة اذا علقـه بشرط ملائم كان وافيت به غـدا فأنت برىء ، فوافاه به برىء من المـال ، وهو قول البعض .

وفى الفتح أنه الأوجه ، لأنه اسـقاط لا تمليك .

وان علقـه على أمر كائن وموجـود كمـا لو قال لغريمـه ان كان لى عليـك دين فقـد

---

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ح ٤ ص ٣٤٥ الطبعة السابقة .

(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ ورد المحتار على الدر المختارج ٤ ص ٣٤٥ .

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٢٦ ـ ٢٦٧ طبعة أولى ورد المحتار على الدر المختارج ٤ ص ٣٤٥ ص ٥٣٣ ، ص ٥٣٤ .

أبرأتك ، وله عليـه دين ، برىء لأنه علقه بشرط كائن فتنجز » (١) .

أو قال ان أعطيته شريكى فقد أبرأتك ، وقــد أعطاه صح .

وتعليق الابراء على الموت : ففى الخانية : لو قال لمديونه اذا مت ــ بضـم تاء المتكلم ــ فأنت برىء من الـدين جـاز ويـكون وصـية .

ولو قـال ــ ان مت بفتح تاء المخاطب ــ لا يبرأ ، وهـو مخاطرة ، كمـا لو علقـه على أمر غير ملائم ، كان دخلت الدار فأنت برىء لا يبرأ .

وفيها لو قالت المريضـة لزوجهـا : ان مت من مرضى هـذا فمهـرى عليك صـدقة أو أنت فى حل منـه ، فماتت فيه فمهـرها عليـه ، لأن هذه مخاطرة فلا تصح .

وقـد علق ابن عابدين على ما جـاء فى الخانيـة بقـوله : والفـرق بين هذه المسائل مشـكل ، فان المـوت فى الأولين محقـق الوجود ، فان كان المراد بالمخاطرة : هـو الموت مع بقـاء الدين فهـو موجـود فى المسألتين ، ولعـل الفـرق أن تعليقـه بموت نفسـه أمكن تصحيحه على أنه وصـية وتعليق الوصية صحيح .. حتى تصـح من العبـد بقـوله : اذا عتقت فثلث مالى وصـية كمـا فى وصـايا الزيلعى ، بخـلاف تعليقـه بمـوت المديون ، فانه لا يمكن جعله وصـية ، فبقى محض ابراء ، ولا يعـلم هل يبقى الدين الى مـوته فكان مخـاطرة فلم يصـح .

وكذلك مسألة المهـر فيهـا مخاطرة من حيث تعـليق الابراء على موتهـا من ذلك المرض ، فانه لا يعـلم هـل يكون ، أو لا يكون ، لـكن علمت أن الوصـية يصـح تعليقهـا بالشرط ، فان قيـد بمـا ليس فيه مخـاطرة يلزم ألا تصـح هـذه الوصـية لو كانت لأجنبى مع أن حقيقـة الوصـية تمليك مضـاف لمـا بعد الموت ويصح تعليقها بالعتـق .. وان كانت المخاطرة من حيث أنه لا يعـلم هل تجيـز الورثة ذلك أو لا تجيزه ، أو هـل يكون أجنبيـا عنهـا وقت الموت ، حتى تصح الوصـية ، أولا يكون أجنبيـا عنهـا لم يبق فائدة لقولهـا من مرضى هذا ، ويلزم منـه صـحة التعليق اذا قالت « ان مت بدون قولهـا » من مرضى هذا ويحتاج الى نقـل فى المسألة (٢) .

تعليق الابراء على شرط غير ملائم :

أما(٣) ان علق الابراء على شرط غير ملائم فانه لا يصـح ، جـاء فى العزمية عن ايضاح الكرمانى لو قـال : ان دخلت الـدار فقـد أبرأتك ، أو قـال لمديونه ، أو كفيـله : اذا أديت الى كذا أو متى أديت ، أو ان اديت ، الى خمسمائة فأنت برىء عن البـاقى ، فهـو باطل ولا ابـراء ، لأنه تمليك من وجـه حتى

(١) رد المحتارج ٤ ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠ .

(٢) رد المحتار على الدرالمختارج ٤ ص.٣٥٠
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٩ .

يرتد بالرد ، وان كان فيـه معنى الاســقاط فيكون معتبرا بالتمليكات ، فلا يجـوز تعليقه بالشرط (بحـر عن العينى) •

القسم الثالث : تصرفات يصـح تعليقهـا على الشرط مطلقـا : ويشـمل هذا القسـم التصرفات الآتية :

(أ) الاسـقاطات المحضـة كالطـلاق والعتق وتسـليم الشـفعة بعـد ثبوتهـا ، فان هـذه التصرفـات يصـح تعليقهـا على الشـرط مطلقـا ، سـواء كان ملائمـا أم غير مـلائم ، فـان تحقـق الشـرط وقـع التصرف ، والا لـم يقع (١) •

وقـد علل الاحنـاف هـذا الحـكم بأنهـا ممـا يصـح أن يحلف بهـا •

(ب) الالتـزام بالطـاعات : يصـح تعـليق الالتـزام بالطاعـات على الشروط جميعهـا ، فاذا قال : ان شـفيت مـن مـرضى حججت ، أو تصـدقت بكذا ، أو وقفت أرضى على الفقـراء ، فانـه يصـح التـزامه ، ويلزمـه عنـد تحقق الشـرط الوفـاء ، بالحـج ، أو الصـدقة ، أو الوقف •

وقـد جـاء فى جـامع الفصـولين (٢) : تعليقـا على القـول بعـدم صحة تعليـق الاعتكاف قـوله « قال شـيخنا فى بحـره: وكيف يصـح أن يقـال بعـدم صـحة تعليقـه مع الاجمـاع على صـحة تعليق المنـذور من العبـادات أى عبـادة كانت ، حتى ان الوقف لا يصـح تعليقـه بالشرط، ولو علـق النـذر به ــ أى بالـوقف ــ بشرط صـح التعـليق • فى الواقعـات الحسـامية من الفصـل السـابع فى النـذر بالصـدقة : رجل ذهب لـه شيء فقـال : ان وجـد فلله تعـالى على أن أقـف أرضى على أبنـاء السـبيل فوجـده وجب عليـه أن يقف ، لأن هـذا نـذر ، والوفـاء بالنذر واجب (٣) •

(ج) من عقـود التبرع : الوصية : يصح تعليق الوصـية على الشروط جميعهـا ، فاذا قال : أوصيت بثلث مالى ان أجـاز فـلان ، صحت الوصـية مع أنهـا من التمليـكات ، لأ نهـا فى الحقيقة معلقـة بالمـوت ، حيث يترتب عليهـا اثبـات الخـلافة فى المـال بعـد الموت (٤) •

(د) الولايات ومنهـا :

١ ــ الوكالة : يجـوز تعـليق الوكالة على الشرط مطلقـا ، فاذا قـال : ان قـدم محمـد فأنت وكيلى فى بيـع هـذا الشيء ، صـحت الوكالة ، لأن التوكيل يؤدى الى اطلاق تصرف الوكيـل فى مال الموكل ، والاطلاقات ممـا يحتمـل التعليق بالشـرط والاضـافة الى الوقت كالطـلاق والعتق(٥) •

---

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٣٤٥ .
(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٤ .
(٣) يراجع رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٠ ــ ٣٥١ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٥) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ .

٢ – الايصـــاء ، والايصـــاء مثل الوكالة فى صـــحة تعليقـــه ، لأن كلا منهمـــا عقـــد ولايـــة (اطـــلاقات) اذ الايصـــاء هـــو طلب فعـــل يفعـــله المـــوصى اليـــه بعـــد غيبـــة الموصى أو بعـــد موتـــه فيمـــا يرجع الى مصالحه ، كقضـــاء ديونه والقيـــام على حوائجـــه ومصـــالح ورثتـــه من بعـــده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك [١] .

مذهب المالـكية :

تنقســـم التصرفـــات من حيث قبولهـــا التعليق على الشـــروط وعـــدم قبولهـــا فى المذهب المـــالكى الى قســـمين .

القســـم الأول : تصـــرفات لا تقبـــل التعليق على الشرط : ويـنـــدرج تحت هـــذا القســـم المعاوضـــات ، والايمـــان بالله تعـــالى ، والاقـــرار .

(أ) تعليق المعاوضـــات ، وتشمل :

١ ، ٢ : البيـــع والاجـــارة : فقـــد جـــاء فى كتـــاب الفـــروق : [٢] أن الذى يقبـــل الشـــرط دون التعـــليق عليه كالبيع والاجارة ونحوهمـــا .. لا يصـــح التعليق عليـــه بأن يقـــول : ان قـــدم زيد فقـــد بعتـــك أو آجـــرتك ، لســـبب أن انتقـــال الأمـــلاك يعتمـــد الرضـــا ، والرضـــا انمـــا يكون مـــع الجـــزم ، ولا جـــزم مع التعـــليق ، فـــان شـــأن المعـــلق عليـــه أن يكون يعترضـــه عـــدم الحصـــول .

الا أن المذهب يســـتثنى من هـــذه القاعدة تعليق البيـــع على رضـــا شـــخص أجنبى أو مشـــورته ، كمـــا لو قـــال بعتـــه لك أو اشـــتريته منك ان رضى فـــلان ، فقـــد أجـــازوا هـــذا التعليق ، بشـــرط أن يـــكون الشـــخص الذى علـــق العقـــد على رضـــاه أو مشـــورته غير بعيد عن موضـــع العقد، والمـــراد بالبعـــد ألا يعـــلم ما عنـــده الا بعـــد فـــراغ مـــدة الخيـــار ، ومـــا ألحـــق بهـــا بأمـــد بعيـــد [٣] .

٣ – عقد النكـــاح : لا يصح تعليق عقـــد النكاح على الشرط عنـــد المالكية :

واستثنوا من هذه القاعدة ما أشـــار اليه الخرشى [٤] بقـــوله : وصـــح ان مت فقـــد زوجت ابنتى [٥] فـــلانة مـــن فـــلان اذا مـــا صـــدر ذلك فى مرضـــه طال مرضـــه أو قصـــر .

وقيـــد سحنون الصـــحة بمـــا اذا قبـــل الزوج النـــكاح بقـــرب مـــوت الأب ، لأن العقـــود يجب أن يكون القبـــول بقربهـــا لا سيما عقـــد النكاح ، فان الفروج يحتـــاط فيهـــا مالا يحتـــاط فى غيرهـــا .

وقال يحيى بن عمـــر : يصـــح ذلك طـــال الأمـــر أو لـــم يطـــل ..

(١) فتح القدير ج ٨ ص ٤١٦ .
(٢) الفروق ج١ ص ٢٢٩ .
(٣) الخرشى ج ٤ ص ٢١ .
(٤) الخرشى ج ٣ ص ١٦ .
(٥) أى أن مات فى مرضه هذا فقد زوج ابنته .. الخ .

٤ ــ القـــراض (المضـــاربة) لا يصـــح تعليق القـــراض على الشـــرط فلو وكله على خـــلاص دين لـــه على فـــلان ، فاذا خلصه كان بيـــده قراضـــا ، فان ذلك لا يجـــوز ، ولو كـــان الذى عليـــه الدين حاضرا مقـــرا مليئا تأخـــذه الأحـــكام مالم يقبض بحضرة ربه • وكذلك لا يجـــوز أن يدفـــع للعـــامل ذهبـــا ، ويشـــترط عليه أن يصرفهـــا بفضة، ثم يعمـــل بهـــا قراضـــا » •

(ب) الايمـــان بالله تعـــالى والدخـــول فى الدين : لا يصـــح تعليـــق الايمـــــان بالله تعـــالى والدخـــول فى الدين على الشـــرط ، فلو قـــال شخص « ان كنت كاذبـــــا فى هـــذه القضـــــية فأنا مســـلم أو مـــؤمن ، أو ان لـــم آت بالدين فى وقت كـــذا ونحـــو ذلك من الشـــروط التى يعـــلق عليهـــــا فلا يلـــزم اســـلام اذا وجـــد الشرط ، بل يبقى على كفـــره ، بســـبب أن الدخـــول فى الدين يعتـــمد الجـــزم بصـــحته والمعلـــــق ليس جـــازما ، فهـــذا متجـــه فى أهـــل الذمـــة وأمـــا الحـــربيون نلزمهم الاســـلام قهـــرا بالســـيف فجـــــاز أن يلـــزمهم فى هـــــذه الحـــالة (١) •

(ج) تعليق الاقرار : لا يصح تعليق الاقرار على الشـــرط ، فلـــو قـــــال : له على ألـــف دينـــــــار ان تكلم أو دخـــل الـــدار ، لـــم يصـــح •

وقـــال ابن المواز وابـــن ســـحنون وكذلك ان قـــال : ان أمطـــرت الســـــماء ، أو ان هبت الـــريح أو دخـــل فـــلان فى دارنـــــا فهـــو باطـــل فى اجماعنـــا (٢) •

تعليق الاقـــرار على المشـــيئة : أمـــا اذا علق الاقـــرار على مشـــيئة الله تعـــالى كما لـــو قـــال : على ألف لفـــلان ان شـــاء الله أو ان قضى الله ، فـــــان ذلك لا يضـــــر فى الاقـــرار على المشـــهور ، ويلزمـــه ، لأنـــه لمـــا نطق بالاقـــــرار علمنــــا أن الله قـــد شـــاء ، وقضـــاه ، ولأن الاستثناء لا يفيـــد فى غير الحلف بالله •

أمـــا اذا علـــق الاقـــرار على مشـــــيئة انســـان ، كمـــا لـــو قـــال : لـــه على ألف ان شـــاء فـــلان فشـــاء فـــلان فانه لا يلزمه بذلك شىء ، لأنه خطـــر (٣) •

واذا قال : لـــه على ألف ان اســـــتحل ذلك أو ان أعـــارنى الشىء الفـــلانى فقـــال المقـــر له : استحللت ذلك ، أو أعـــاره فانـــه لا يلزم المقـــر شىء مـــن ذلك لأنه يقـــول : ما ظننتـــه يفعـــل ذلك أو يعيرنى كذا (٤) •

وكـــذا اذا قـــال له على ألف ان شـــهد بـــه فـــلان ، فانه لا يكون اقرارا ســـــواء كان فـــلان عـــدلا أو غير عـــدل (٥) •

القســـم الثانى : تصرفات تقبـــل التعليق على الشرط : وهـــــذا القســـــم يشـــمل التصرفـــات الآتية :

---

(١) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٨ •

(٢) الالتزامات للحطاب ج ١ ص ١٩٦ •
(٣) الخرشى ج ٤ ص ٣٠٧ •
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣١٣ •
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣١٣ •

(أ) عقـــود التبرعـات : جـــاء فى فتـــاوى الشـيخ عليش « ان مـن علـق الهـدى أو الصـدقة على الملك يلزمـــه مثل أن يقـول : ان ملكت عبد فلان فهـو حـر ، فانه يلزمه العتق اذا ملكه .. « أو ان قدمت من هـذا السـفر فلفلان على ألف درهم ، أو ان اتممت هـذه الـدار أو هـذا الكتاب فعلى كذا .»

ومن سـماع ابن القـــاسم من كتـاب الصـدقات والهبـات فى رجل قـال لرجل : بلغنى أنك تشتمنى فقـال : ما قلت فقـال : احلف لى ولك كذا وكذا هبـة منى ، فحلف ، أتـرى أن له الهبـة ؟ قـال : نعـــم ذلك يلزمـه [١] .

كمـا جـاء فى الشرح الصـغير [٢] : فاذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فـلان فيكون لمن يولد لـه سـواء كان موجـودا بأن كان حمـلا حين الوصـية أو غير موجود أصلا ، فيؤخر الموصى بـه للوضـع على كل حـال، فاذا وضـع واسـتهل أخـذ ذلك الشىء الموصى بـه » .

(ب) الوصـاية : ويجـوز أيضـا عنـد المالكية تعليق الوصـاية على الشرط فلو قال: فـلان وصيى حتى يقـدم فـلان ، فاذا قـدم فلان ، ففـلان القـادم وصيى ، جـازت الوصـية ، وعنـد تحقق الشرط وهـو قدومـه يصـبح وصـيا كما ينعزل عندئذ الـوصى الأول ، وكـذا اذا قـال وصيتى زوجتى الى أن تتـزوج فهى مادامت عـزبا وصـية واذا تـزوجت سـقط حقهـا [٣] .

(ج) الابراء عن الدين : جـاء فى الالتزامات للحطـاب : قال ابن سـحنون ولكن لو ادعى ذلك عليـه أى أن لـه عنـده مائة درهـم « فجحـد ، فقـال له : أحلف وأنت بـرىء أو قـال اذا حلفت أو متى حلفت .. فحاف فهـذا يلزمـه ويبرأ به المطلـوب ، ولـو رجـع الطالب وقـال : لا يحلف فليس لـه ذلك .»

(د) الاسقاطات ويندرج تحتهـا : الطلاق والخلع والعتق وتسـليم الشـفعة بعـد ثبوتهـا .

جـاء فى الفـروق للقـرافى [٤] : أن الطـلاق والعتق يقبـلان التعليـق على الشرط كأن يقـول : ان دخلت الـدار فأنت طالق ، أو أنت حـر ، فـلا ينجز هذا الطلاق ولا العتـاق الآن حتى يقـع الشرط .

وكذلك يصـح تعليـق الخلع على الشرط فاذا قـال لزوجتـه : اذا أقبضتنى كذا فأنت طـالق ، أو ان أديت الى كذا فأنت طـالق، أو اذا ، أو متـى أديتنى فقـد طلقتـك لـم يختص اقباضهـا أو أداؤهـا بالمجلس الذى قـال لهـا فيـه ذلك ، بل اذا أقبضته أو أتت اليـه بمـا طلبـه منهـا ، فانهـا تطلق منـه ولو بعـد المجلس مـالم يطـل، بحيث يـرى أن الـزوج لا يجعـل التمليك

(١) فتاوى عليش ج ١ ص ١٩٥ ــ ١٩٦ .
(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣١ طبعـة صبيح .
(٣) الخرشى ج ٥ ص ٤٣٣ .
(٤) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٨ .

اليه ، اللهم الا أن تقوم قرينة تدل على أنه أراد المجلس ، فانه يعمل بتلك القرينة ولا يشترط قبولها لذلك فى المجلس ، وانما يناط الحكم بوجود المعلق عليه ، فان وجد حصل المعلق ، والا فلا ..

وذكر ابن عبد السلام أنه لابد من القبول ناجزا فى صورة التعليق ، فعلى هذا اذا لم يقع قبول ناجز بالمجلس ووجد المعلق عليه بعد المجلس مع قرينة على عدم الترك فانه لا يقع طلاق عنده ، فالصور ثلاث :

الأولى أن يوجد القبول والمعلق عليه بالمجلس ناجزين فيكون خلعا باتفاقهما .

الثانية عدم وجودهما الى ما يرى ترك الزوجين للتعليق ، ولا قرينة فلا خلع باتفاقهما .

الثالثة : وجد المعلق عليه بعد المجلس مع قرينة على عدم الترك ، ولم يقع قبول ناجز بالمجلس فهو ليس خلعا لها ، عند ابن عبد السلام ، ولها ذلك عند ابن عرفة [1] .

وكذلك يصح تعليق اسقاط الشفعة بعد ثبوتها ، فلو قال للمشترى ان دفعت الى كذا فقد أسقطت الشفعة، فان أدى اليه المال المشترط سقطت والا فلا [2] .

(١) الخرشى ج ٣ ص ١٦٤ — ١٦٥ .
(٢) فتاوى الشيخ عليش ج ١ ص ٢١٣ .

(هـ) الالتزامات وتشمل : ١ — الالتزام بالطاعات ، فلو قال ان قدم زيد فعلى صوم شهر ، أو صلاة مائة ركعة ونحوها من الشروط والنذور ، فانه يصح، لأن هذه الالتزامات مما يقبل التعليق على الشرط [3] .

٢ — الكفالة : يجوز تعليق الكفالة على الشرط ، جاء فى الخرشى [4] : الضمان يصح فى المجهول ، فاذا قال شخص لآخر : داين فلانا ، وأنا ضامن فيما داينته به ، فانه يلزمه ما داينه به اذا ثبت ببينة أو باقرار المضمون على أحد القولين .

ومن وجد رجلا يدعى على رجل بحق وهو يكذبه فقال له : أحلف أن لك عليه حقا ، وانا ضامن فيه فليس له أن يرجع قبل حلفه عن كفالته ، ولا ينفعه الرجوع لأنه حق واجب .. أى على تقدير حلفه ، لأنه لما قال احلف وأنا ضامن كأنه قال : التزم لك الضمان ان حلفت فهو حق واجب بالالتزام على تقدير الحلف ، فاذا حلف الطالب غرم الضامن .

مذهب الشافعية :

تنقسم التصرفات من حيث قبولها التعليق وعدم قبولها الى قسمين .

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق

(٣) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٩ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٢٤١ .

على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) المعاوضات : ١ ـ البيع : جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى : لا يقبل البيع التعليق الا فى صور :

الأولى : بعتك ان شئت .

الثانية : ان كان ملكى فقد بعتكه ومنه مسألة الوكيل والموكل : ان كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها .

الثالثة : البيع الضمنى : كأعتق عبدك عنى على مائة اذا جاء رأس الشهر[1] » .

٢ ـ القراض : جاء فى مغنى المحتاج[2] لا يصح تعليق القراض على الشرط .

فلو قال : قارضتك ما شئت أو ماشئت جاز ، لأن ذلك شأن العقود الجائزة ، ولا يصح الا أن يعقد فى الحال .

فان علقه على شرط كأن قال : اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك .

أو علق تصرفه كأن قال : قارضتك الأن ولا تتصرف حتى ينقضى الشهر لم يصح .

أما فى الأولى فكما فى البيع ونحوه . وأما الثانية : فكما لو قال بعتك هذا ولا تملكه الا بعد شهر .

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٦ .

ولو دفع اليه مالا ، وقال : اذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لم يصح وليس له التصرف بعد موته ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح .

٣ ، ٤ : الجعالة والخلع [3] : فى السيوطى فى أشباهه أن الجعالة والخلع يجرى فى صحة تعليقهما خلاف ، نظرا لأن لهما شبها : بالنذر ، والنذر يصح تعليقه ، ولأنه يترتب على كل منهما تمليك والتمليكات لا يصح تعليقها .

٥ ـ النكاح : لا يصح تعليق النكاح على الشرط ، فاذا قال : ان طلعت الشمس فقد زوجتك بنتى ، لم يصح النكاح ، كما لا يصح البيع ونحوه من باقى المعاوضات ، بل النكاح أولى لمزيد اختصاصه بالاحتياط ، وكذلك لو قال : زوجتك بنتى ان شاء الله وقصد التعليق، أو أطلق لم يصح وان قصد التبرك أو أن كل شىء بمشيئة الله تعالى صح[4] .

(ب) التبرعات ـ عدا الوصية : وهى الهبة والصدقة : لا يجوز تعليق الهبة والصدقة على الشرط ، وذلك لأن هذه التصرفات تقتضى التمليك فى الحال ، ولم تبن على التغليب والسراية كالعتق ـ والتعليق ينافى هذا ، لأنه يجعل التمليك معلقا على حدوث أمر محتمل الوقوع فى

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ ويراجع مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٩٨ فى الجعالة.
(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٣٤ .

المســتقبل ، وأيضـا فان تعليـق هــذه التصرفات يؤدى الى غــرر [١] .

٢ ــ الوقف : لا يجـوز تعليق الوقف على الشرط ، فاذا قـال : ان جـاء زيـد فقـد وقفت كذا على كذا ، لـم يصـح الوقف الا أن الامـام السـيوطى[٢] فى أشـباهه ذكر أن الخـلاف يجـرى فى صحة تعليق الوقف، لأن له شـبها يسـيرا بالعتق ، والعتق يصح تعليقـه فجـرى وجـه ضعيف فى صحته ، والأرجح عـدم صحته لأنه يشـبه التمليك ومـا كان تمليكا محضا لا يصح تعليقه .

(ج) من الالتزامات الكفالة والضـمان : جـاء فى مغنى المحتـاج : « والأصح انه لا يجـوز تعليق الضمـان والكفالة بشرط ، كاذا جـاء رأس الشـهر فقـد ضـمنت ما على فـلان ، أو تكفلت ببـدنه ، لأنهمـا عقـدان فـلا يقبلان التعليق كالبيع .

والرأى الثـانى يجـوز ، لأن القبـول لا يشـترط فيهمـا فجـاز تعليقهما كالطلاق.
والرأى الثالث يمتنع الضـمان دون الكفالة، لأن الكفالة مبنية على الحاجة[٣] .

كمـا جـاء فى نفس المرجـع [٤] : أنـه صحح فى القـديم ضمـان ما سـيجب كثمن ما سـيبيعه أو ما يقرضـه ، لأن الحـاجة تدعـو اليـه .

والمذهب صحة ضمان الدرك بعـد قبض الثمن ، لأنـه انمـا يضـمن ما دخـل فى يد البـائع ، ولا يدخـل الثمن فى ضـمانه الا بقبضـه .

وضمان الدرك أن يضمن المشترى الثمـن ان خـرج المبيـع مسـتحقا ، أو ان أخـذ بشـفعة سـابقة على البيـع ببيـع آخر ، أو معيبـا ورده المشـترى ، أو ناقصـا ، أما لرداءته أو لنقص الصنجة التى يوزن بهـا .

(د) الوكالة : لا يصح تعليق الوكالة على الشرط فى الأصـح فى المذهب كسائر العقود، فلو قال : اذا قـدم زيد فقـد وكلت فلانـا بـكذا ، أو فهـو وكيلى فيه ، لـم تصـح الوكالة .

والرأى الثانى : صحة تعليق الوكالة قياسا على الوصـية ، الا أنـه فرق بين الـوكالة والوصية بأن الوصية تقبل الجهالة ، فتقبـل التعليق ولا كذلك الوكالة فلا تقاس عليها [٥] .

(هـ)ومن التقييدات : ١ ــ عزل الوكيل :

جـاء فى مغنى المحتـاج [٦] : ان تعليق عزل الوكيل فيـه وجهان كالتعليق فى الوكالة فاذا قال : ان طلعت الشمس فأنت معزول .

---

(١) مغنى المحتاج شرح المنهـاج ج ٢ ص ٣٦٩ .
(٢) الاشباه والنظائر للسـيوطى ص ٣٧٧ طبعة أخيرة .
(٣) مغنى المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ١٩٣ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨٧ .
(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧ والاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ .
(٦) مغنى المحتاج ٢ ص ٢٠٨ .

فالأصح عدم صحة العزل .

لكن العزل أولى بصحة التعليق من الوكالة كمـا فى الروضـة كأصلها ، لأنه لا يشـترط فيـه قبـول قطعـا .

وعلى الأصح السابق يمتنع المعـزول من التصرف عند وجود الشرط لوجود المنـع كما رجحـه الأسنوى .

٢ ـ الرجعـة : لا يصـح تعليق الرجعة على الشرط كالنـكاح ، فاذا قـال راجعتـك ان شئت لم تصـح [1] .

٣ ـ الرجوع فى الهبـة : جـاء فى مغنى المحتـاج لا يصح الرجـوع فى الهبـة فيما يصح الرجـوع فيه ـ الا منجزا ، فلو قال : اذا جـاء رأس الشـهر فقد رجعت لم يصح، لأن الفسـوخ لا تقبل التعليق كالعقود[2] .

(و) الابـراء : جـاء فى الاشـباه للسـيوطى [3] : ولا يقبـل الابـراء التعليق الا فى صـور :

الأولى : ان رددت عبـدى فقد أبرأتـك صرح به المتولى .

الثانية : اذا مت فأنت فى حـل مـن الدين فهـو وصـية كمـا فى فتـاوى ابـن صـلاح .

(١) مغنى المحتاج على متن المنهاج ج ٣ ص ٣١٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨ .

الثالثة : أن يكون ضمنا لا قصدا ، كمـا اذا علق عتقـه ثم كاتبه فوجـدت الصـفة المعلق عليهـا العتـق ـ عتق وتضـمن ذلك الابـراء من النجـوم ـ أى أقسـاط المال المكاتب عليه ـ حتى يتبعه أكسابه ولو لـم يتضمنـه تبعـه كسـبه « وهـذا الـرأى مبنى على أن الابـراء تمليك وليس أسـقاطا، وهـو الأصح فى المذهب الشافعى [4] .

(ز) الايمان بالله تعـالى وفروعه :

لا يصـح تعليق العبـادات على الشـرط كالايمان بالله تعـالى والطهـارة والصـلاة والصـوم ، والحج ، فلو قـال : ان أحـرم زيـد أحرمت فالذى نقله البغـوى وآخرون أنه لا يصـح ، وكذا لو قـال أصـوم غدا ان شـاء زيد ، لم يصـح ، وان شـاء زيـد أو قال : أصـوم غدا ان نشطت ، لا يصـح أيضا وان نشـط ، لعدم الجـزم ، والعبادات ينافيهـا التردد وعـدم الجـزم فالتعليـق على الشرط ينافيهـا فلا تصـح معـه[5].

(ح) الاقـرار : وكذا لا يصـح تعليـق الاقرار على الشرط ، فلو قال : لفـلان على ألف ان شـاء الله أو ان لم يشـأ الله ، أو الا أن يشاء الله أو ان شئت أو شـاء فلان، لم يلزمـه شىء على المذهب ، سـواء أقـدم الألف على المشـيئة أم لا ، لأنه لم يجـزم بالالتزام ، بل علقـه بالمشيئة ومشـيئة الله تعالى مغيبـة عنا ، ومشيئة غير الله تعـالى لا توجب شـيئا[6] » .

(٤) المرجع السابق ص ١٧٧ ـ ١٧٨ .
(٥) الاشباه والنظـائر ص ٤١ ، ص ٣٧٦ طبعة أخيرة .
(٦) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣٧ .

القسم الثانى : تصرفات تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـذا القسم التصرفات التالية :

(أ) من التبرعـات : ١ ــ الوصــــية : تقبل الوصـية التعليق على الشرط لأنهـــا تقبـل الجهـالة ، فلو قـال [1] : « ان كان حملك ذكرا ، أو أنثى فله كذا ، فان ولـدت ذكرا كان له الموصى به ، وكذا لو ولدت أنثى وان ولدت ذكرين قسم الموصى به بينهمـا ، وكذلك فى الثانية يقسم بين الانثيين ، ولـو قـال : ان كان ببطنهـــا ذكـر فله كـذا ، فولدت ذكـرا وأنثى اسـتحق الذكر فقط ، لأنــه وجـــد ببطنهـــا ، وزيـادة الأنثى لا تضـــر .. »

٢ ــ العــــارية : جـــاء فى مغنــى المحتاج [2] : يجــوز تعليق العـارية وتأخير القبـــول ، ففى الروضـــة وأصلها أنه لـو رهنـــه أرضـا واذن له فى غراسها بعـد شهر فهى بعـد الشهر عارية غرس أم لا ، وقبله أمـــانة حتى لو غـرس قبله قلع » .

(ب) الاسقاطـات : كالطلاق ، والعتـق والتدبير : يجـوز عند الشافعية تعليق هــذه التصرفات على الشرط ، لأنهـا اسـقاطات محضـة يسـتبد المتصرف بايقاعهـــا دون حاجة الى قبـول الطـرف الآخر [3] .

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٤ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٣) يراجع الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٦ ويراجع مغنى المحتـاج ج ٣ ص ٣٩٢ فى شرح أدوات تعليق الطلاق و ج ٤ ص ٤٩٢ .

(ج) من الولايات : الايصـاء والامـــارة يجـوز تعليق الايصـــاء ، والامــــارة على الشرط ، فقـد جـاء فى مغنى المحتاج [4] : « ولو قـال أوصيت اليك الى بلوغ ابنى ــ فلان ــ أو الى قدوم زيد ، فاذا بلغ ابنى ، أو قـــدم زيـد فهـو الـوصى ، جـاز هذا الايصـاء ، واغتفـر فيـه التـأقيت فى قوله الى بلوغ ابنى أو قدوم زيد ــ والتعليق فى قوله فـاذا بلـغ أو قدم فهـو الوصى » .

ويجـــوز فى الايصـــاء التوقيت والتعليق .. كاذا مت فقد أوصيت اليك ، لأن الوصاية تحتمل الجهـالة والاخطـار فكذا التـوقيت والتعليق ، ولأن الوصـاية كالامارة ، وقـد أمـر النبى صلى الله عليه وسـلم زيدا على سريـة وقال : ان أصيب زيد فجعفـر ، وان أصيب جعفـر فعبـد الله بن رواحـة رواه البخـــارى » .

(د) الالتـزام بالطاعات : يصـح تعليق النـذر على الشرط : ويلزم النــاذر الوفاء بمـا نـذر عنـد تحقق الشرط ، كمـا لـو قـال : ان صمت رمضان أو أن شـفى الله مريضى : أو ان قـدم غـائبى ، فلله على أن أصـوم كذا ، أو أصـلى ، أو أتصدق او أعتق أو نحـو ذلك فانه يصـح [5] .

مذهب الحنابلة :

تنقسـم التصرفــات من حيث قبولهـــا التعليق وعـدم قبولهـا الى قسـمين :

(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٢ .
(٥) حاشية الباجورى على شرح ابن القاسم باب النذر ص ٣١٤ طبعة المعاهد الازهرية .

القسـم الأول : تصرفـات لا تقبل التعليق على الشرط ويندرج تحت هـــذا القســم التصرفــات التالية :

(أ) المعــاوضات : ١ ــ البيع : لا يصح تعليق البيــع على الشــرط .

فقــد جــاء فى كشـــاف القنــاع[١] : من الشروط الفاســدة : أن يشــترط البــائع شرطا يعلق البيــع عليــه ، كقــوله بعتك أن جئتنى بكذا ، أو بعتــك ان رضى فلان .

وكذا تعليق الشــراء كقبلت ان جــاء زيد ونحــوه ، فــلا يصــح البيــع ، لأنــه عقد معــاوضة ، وهــو يقتضى نقل الملك حــال العقــد ، والشرط هنــا يمنعــه .

أو يقــول الراهن للمــرتهن : ان جئتــك بحقــك فى محله بكســر الحــاء أى أجله ــ والا فالرهن لك مبيعــا بمالك من الدين ، فــلا يصح البيــع لقــوله عليه الســلام : « لا يغلق الرهن من صــاحبه «رواه الأثرم» وفســره أحمد بذلك « ويصح بعت ان شاء الله ، وقبلت ان شــاء الله ، لأن القصــد منــه التبرك لا التردد غالبــا .

وقد أورد صــاحب كتاب الفروع روايــة عن الامــام أحمــد بصحة تعليق البيــع على الشرط[٢] .

(١) كشاف القنــاع ج ٢ ص ٤١ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٧ .
(٢) كتاب الفروع وتصحيحه ج ٢ ص ٤٨٤.

٢ ــ الاجــارة : لا يصــح تعليق الاجارة على الشــرط « فان قال : اســتأجرتك لتحمل لى هــذه الصــبرة وهــى عشرة أقفــزة بدرهم ، فــان زاد على ذلك فالزائد بحســاب ذلك صــح العقــد فى العشرة فقط للعــام بهــا دون ما زاد فانــه مجهــول ، وأيضا عقــده متعلق ، ولا يصــح تعليق الاجــارة.

وان قال استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم فان قــدم لى طعــام فحملتــه فبحســاب ذلك صــح أيضا فى الصـــبرة فقط لمــا تقدم ، دون ما زاد[٣] .

٣ ــ عقد النكاح : وكذا لا يصح تعليــق عقــد النكاح على شرط ، غير مشــيئة الله تعــالى ، فاذا قــال زوجتــك ابنتى اذا جاء رأس الشــهر ، أو اذا رضيت أمهــا ، أو اذا رضى فــلان ، فسد العقــد ، لأنــه عقد معـــاوضة فــلا يصــح تعليقــه كالبيع ، ولأن ذلك وقف النــكاح على شرط ، ولا يجوز وقفــه على شرط . ويصــح زوجت وقبلت ان شــاء الله .

وكذا يصــح تعليقــه على أمــر ماض أو حاضر .

فالمــاضى مثل زوجتــك فلانــة ان كانت ابنتى أو زوجتكها ان كنت وليهــا ، أو ان انقضت عدتهــا وهمــا ــ أى العاقــدان ــ يعلمان ذلك أى أنهــا ابنته أو أنــه وليهــا أو أنه قد انقضت عدتها .

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٩٠ .

والحاضر مثل زوجتكهــا ان شئت فقال شئت وقبلت ونحــوه ، فيصــح النكاح لأنه ليس بتعليق حقيقة بل هو توكيد وتقوية[١] .

٤ ــ الخلع : لا يصــح تعليق الخلع على شرط ، فلو قال لزوجته ان بذلت لى كذا فقد خالعتك على كذا ، لم يصــح الحاقا للخلــع بعقـــود المعاوضـــات لاشـــتراط العــوض فيه[٢] .

(ب) التبرعات ــ عدا الوصــية : ويندرج تحتها التصرفات التالية :

١ ــ ٢ : الهبــة والصــدقة : لا يصــح تعليقهــا على الشرط ، فــلو قال : اذا قـــدم فلان فقـــد وهبتـــك كذا لم يصــح ، لأن الهبة من التمليكات فصار حكمها حــكم البيع والبيع لا يصح تعليقه فكذا الهبة ، والصـــدقة حكمها حكم الهبة[٣] .

٣ ــ الابراء : لا يصح تعليقه على الشرط كالهبة : ، عدا شرط الموت ، فان قال اذامت بفتح التـــاء ــ فأنت برىء ممـــا لى عليك ، لايبرأ ، فان ضـــم التاء صـــح الابراء عنـــد وجـــود شرطه وكان الابراء على الوجـــه المذكور وصية لأنه تبرع مضاف لما بعد الموت وهو حقيقة الوصية[٤] .

٤ ــ الوقف : لا يصـــح تعليق الوقف على شرط فى الحياة كمـــا لو قال : اذا ولد لى ولد أو اذا قـــــدم غائب فـــدارى وقف أو فرسى حبيس ، لأن الوقف نقـــل للملك فيمـــا لم يبن على التغليب والسراية فـــلم يجـــز تعليقه على شرط فى الحيـــاة ، كالهبة ، فأما اذا قال هـــو وقف بعـــد موتى ، فظـــاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كســـائر الوصـــايا ، وهو ظاهر كلام أحمد .

وقال القاضى أبو يعلى : لا يصـــح هذا ، لأنه تعليق للوقف على شرط ، فلم يصـــح كما لو علقه على شرط فى حياته[٥] .

(جـ) الرهن : لا يصـــح تعليق الرهن على شرط كالبيع لأن من شروط صـــحته أن يكون منجزا[٦] .

(ذ) الاقـــرار : لا يصـــح تعليقه ، لأن الاقرار اخبـــار بحق ســـابق فلا يصح تعليقه على شرط ، فلو قال أن قـــدم فلان فله على ألف درهم لم يصـــح ، لأنه ليس بمقـــر فى الحـــال ، وما لا يلزمه فى الحـــال لا يصـــير واجبا عند وجـــود الشرط ، أما ان قال : له على ألف درهم ان قدم فلان ، فعلى وجهين .

أحدهمـــا لا يـــكون اقـــرارا كالمســـألة السابقة .

(١) المغنى ج ٧ ص ٤٥١ وكشاف القنـــاع ج ٣ ص ٥٦ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٣ .
(٢) منتهى الارادات ج ٣ ص ١٩٠ .
(٣) المغنى لابن قدامه ج٦ ص ٢٥٢ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .

(٥) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٢١وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٤٦ .
(٦) كشاف القناع ج ٢ ص ١٤٤ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٩٣ .

والثانى : يكون مقرا ، لأنه قـدم الاقرار فثبت حكمه وبطـل الشرط ، لأنه لا يصـلح أن يكون آجلا .

ويستثنى من هـذا الحـكم ما لو علقه على مشيئة الله تعالى مثل : لك على ألف ان شـاء الله فانه يصـح ، لأن مشيئته تعـالى تذكر فى الـكلام تبركا وصـلة وتفويضـا الى الله تعـالى ، أما لو علقه على مشـيئة غير الله تعالى مثـل : له على ألف ان شئت أو شـاء زيد لم يصح الاقرار .

وخالف فى هـذا الحكم القـاضى ، حيث قال بصحته ، لأنه قد عقب الاقرار بمـا يرفعه وهو قولـه « ان شئت .. فصـح الاقرار دون ما يرفعه قياسـا على اسـتثناء الكل ، كمـا لو قال : له على ألف الا ألفـا ، حيث يبطل الاستثناء ويصـح الاقرار ، وقياسـا على مشيئة الله تعالى .

ويرجـح المذهب الرأى الأول ، لأن المقـر قـد علق اقـراره على شرط يمـكن الوقوف عليه ، فـلم يصـح ، ويفـارق التعليق على مشيئة الله تعالى لأنها تذكر تبركا .. ولأنهـا لا تعلم الا بوقـوع الأمر فلا يمكن وقـوف الأمر على وجـودها ومشـيئة الآدمى يمكن العلم بها[1] .

القسم الثانى : تصرفات يصـح تعليقهـا على الشرط : ويـنـدرج تحت هـذا القسـم التصرفات الآتية .

(أ) من التبرعـات الوصـية ان علق الوصـية على صـفة بعـد موتـه فاذا كان يرتقب وقوعها كقوله أوصيت له بكذا اذا مر شهر بعـد موتى ، أو قال أوصـيت لفلانة بكذا اذا وضعت بعـد موتى ، صـح التعليق لقوله صـلى الله عليه وسلم المسـلمون على شروطهم « وثبت عن غير واحـد من الصحابة تعليقهـا ، ولأن الوصـية لا تتـأثر بالغرر ، فأولى ألا تتأثر بالتعليق لوضوح الأمر وقـلة الغرر ، فان كانت الصـفة لا يرتقب وقوعهـا بعد الموت ففى التعليق عليها نظر .

والأولى عدم جوازه ، لمـا فيه من أضرار الورثـة بطـول الانتظـار لا الى أمـد يعـلم[2] .

(ب) من الالتزامات : ١ ، ٢ : الضـمان والـكفالة : يصـح تعليقهمـا على الشرط .

فلو قـال : ان خـرج المبيـع مسـتحقا فقـد ضـمنت لك الثمن أو أن خـرج معيبا فقـد ضـمنت لك أرش العيب .

وكـذا لو ضـمن الثمن الواجب قبـل تسـليمه ان اسـتحق أو ظهـر به عيـب .

وكـذا لو خـاف المشـترى فساد البيـع بغـير اسـتحقاق المبيـع كدعـوى البائع صـغرا أو اكـراها .. أو شـك فى كمـال الوزن أو المـكيال فضـمن ذلك فانه يصـح ، لأنـه ممـا تدعـو اليه الحاجة الى التعـامل مع من لا يعـرف حـاله ، وان لم يصـح

---

(١) الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٥٠٦ .

ذلك لامتنعت المعــاملات مــع هؤلاء ، وفى هــذا ضرر عظيم رافــع لأصــل الحكمــة التى شرع البيــع لأجلهــا .

وكــذا لو قال ان لم آت بالمكفــول بــه غــدا فأنا كفيــل بفــلان وعينه أو فهــو ضــامن ما عليــه من المــال صحت الكفــالة والضــمان ، فان أتى بــه غدا ، لم توجــد الــكفالة والضــمان ، وان لم يأت به غــدا صــحت الــكفالة والضــمان ولزمه الوفــاء بهــا .

وكذا لو قــال : اذا قــدم الحــاج فأنا كفيــل بزيد شــهرا صــح لجمعــه تعليقــا وتوقيتا وكلاهما صحيح[1] .

الالتزام فى مقــابل تصرف يقــوم بــه الملتزم لــه .

اذا التزم شخص لآخر بمال فى مقابل تصرف يقوم به الملتزم له فانه يصــح ، كمــا لو قال لزيد : طلق زوجتك وعلى ألف ، أو وعلى مهرها لزمه ذلك ، فــان تحقق الشرط وهو الطلاق ، لزمه الألف ، والا لا يلزمه شىء .

ولو قــال اخلعهــا على كــذا على أو عليها وأنا ضــامن ، فان أجابــه الزوج ، صــح ، ولزمــه العــوض ، لالتزامه له ، ولا يلــزم المرأة العــوض ان لم تأذن للســائل فى ذلك فــان أذنتــه فى ذلك لزمهــا ، لأنه وكيــل عنهــا[2] .

النــذر [3] : يصــــح تعليق النــذر على الشرط ســواء علقــه على فعــل نفســه ، كان فعلت كــذا فعلى كــذا ونــوى بنــذره شــيئا معينا ، والا فعليــه كفــارة يمــين ، لحــديث عقبــة بن عــامر مرفوعا « كفارة النــذر اذا لم يســم كفــارة يمــين » .

وان علقه على أمــر قاصــدا منــع نفسه من المعــلق عليــه أو قاصــدا الحث على فعله ، أو تصــديق الخبر ، كقــوله ان كلمتك أو ان لم أضربــك فعــلى الحج أو صــوم ســنة أو عتــق عبــدى أو مــالى صــدقة ، أو أن لم أكــن صــادقا فى هــذا الخبــر ، فعــلى صــوم كــذا ، فيخــير بين فعــله وكفــارة يمــين اذا وجــد الشرط .

لمــــا روى عمــران بن حصــــين قــال ســمعت رســول الله صــلى الله عليــــه وســلم يقــول : لا نــذر فى غضب وكفارته كفــارة يمــين ، رواه ســعيد بن منصــور ، ولأنهــا يمــين فيتخــير فيهــا بين الأمرين .

وان كان النــذر للتبرر والتقــرب ، كنذر الصــلاة والصــيام والصــدقة والاعتكاف وعيــادة المريض والحــج والعمــرة ونحوها من القــرب ... ســواء نــذره مطلقــا أو معلقــا بشرط لا يقصــد به المنــع أو الحمل، كقــوله ان شــــفى الله مريضى ، أو ســلم مالى ، أو طلعت الشــمس فلله علــى كذا ، أو فعلت كــذا .. فهــذا نــذر صــحيح وان لم يصرح بذكــر النــذر ، لأن دلالــة

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ١٧٦ — ١٧٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ١١٦ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٥ .
(٣) منتهى الارادات ج ٣ ص ١٨٦ .

الحال تدل على ارادة النذر ، فمتى وجد شرطه اذا كان معلقا انعقد نذره ، ولزمه فعله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر أن يطيع الله فليطعه » رواه البخارى [١] .

قال الشيخ تقى الدين بن تيمية تعليق النذر بالملك نحو ان رزقنى الله مالا ، فلله على أن أتصدق به ، أو بشىء منه ويصح اتفاقا [٢] .

وقد دل عليه قوله تعالى : « ومنهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما أتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون — فأعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون ألم يعلموا أن الله يعلم سرهم ونجواهم وأن الله علام الغيوب [٣] .

(ج) الاسقاطات : يصح تعليق الاسقاطات كالطلاق والعتق على الشرط ففى الطلاق لو قال : ان دخلت الدار فأنت طالق صح ، وتطلق عند تحقق الشرط .

ففى كشاف القناع [٤] : ويصح التعليق مع تقدم الشرط كأن دخلت الدار فأنت طالق ، ويصح أيضا مع تأخره كأنت طالق ان دخلت الدار بشرط اتصاله ونيته قبل تمام « أنت طالق » .

وكذا العتق يصح تعليقه بصفة كدخول دار وحدوث مطر وغيره كقدوم زيد ، ورأس الحول ونحوه ، لأنه عتق بصفة فصح كالتدبير .

ولا يملك السيد ابطال التعليق بالقول ، بأن يقول أبطلته ، لأنها صفة لازمة ألزمها نفسه فلم يملك ابطالها كالنذر .

ولو اتفق السيد والعبد على ابطال التعليق لم يبطل لذلك كتعليق الطلاق [٥] .

(د) الولايات وتشمل :

(١ ، ٢) الامارة والوصاية : يصح تعليقهما على الشرط ، فاذا قال أوصيت اليك فاذا كبر ابنى كان وصيى ، صح فاذا كبر ابنه صار وصيه وكذا لوقال أوصيت اليك فاذا تاب ابنى من فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصيى صحت الوصية اليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط .

والأصل فى صحة تعليق الوصاية حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جيش مؤتة « أميركم زيد .. الحديث » فقد صح بالنص تعليق

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ١٦١ — ١٦٢ .
(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ١٦٣ .
(٣) سورة التوبة الآيات من ٧٥ الى ٧٨ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٢ .
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٦٣٦ .

الامـارة علـى الشرط ، والوصـية فى معنى التـأمير فيصـح تعليقهـا علـى الشرط[١] .

٣ ــ الوكـالة : يجـوز تعليقهـا علـى الشرط قياسـا علـى الامارة بل ان تعليـق الوكـالة أولى بالجـواز فان الولى وكيـل وكـالة عـامة ، أما الوكيـل فهـو وكيـل وكـالة خاصـة ، فاذا صـح تعليـق الوكالة العـامة فتعليـق الوكـالة الخاصـة أولـى بالجـواز .

فاذا قـال : اذا طلـب أهلـى منـك شيئا فأدفعـه اليهم .. أو فأنت وكيـلى ونحـوه صـح .

فاذا تحقـق الشرط كان وكيـله ، والا لم يـكن ، للحـديث المتقـدم[٢] .

٤ ــ المضـاربة : أجـاز الحنـابلة تعليق المضـاربة على الشرط قياسـا على الوكالة ، فاذا قـال : ان بعت سـلعتى هـذه فضارب بثمنهـا ، أو أن قبضـت وديعتى ، أو دينى من فـلان فضـارب بهـا صـح ، فاذا تحقـق الشرط وهو بيـع السـلعة أو قبض الوديعـة أو الديـن وجـدت المضـاربة ، واذا لم يتحقـق لم توجـد[٣] .

(ه) الوديعـة : يصـح تعليق الوديعـة علـى الشرط كالوكـالة .

فقـد جـاء فى منتهـى الارادات : وصح قـول مالك الوديعـة لمودع كلمـا خنت ثم عـدت الى الأمر فأنت أمـين لصـحة تعليـق الايـداع علـى الشرط كالوكالة[٤] .

مذهب الظـاهرية :

(ا) تصرفـات لا يصـح تعليقهـا على الشرط وهى :

الكفالة : لا يجـوز تعليـق الـكفالة على الشـرط .

جـاء فى المحلى : من قـال لآخـر : أنـا أضـمن لك مـا تسـتقرضه من فـلان أو قـال له : اقترض من فـلان دينارا وأنـا أضـمنه عنـك أو قـال له : أقـرض فلانا دينـارا وأنا أضمنه لك لا يجوز لأنه شرط ليس فى كتـاب الله عـز وجـل فهـو باطل ولأن الضـمان عقد واجب ، ولا يجـوز الواجب فى غير واجب وهو التـزام مالم يلزم بعـد، وهـو محـال وقول متفـاسد ، وكل عقـد لم يلزم حين التزامه فـلا يجـوز أن يلزم فى ثان ، وفى حين لـم يلتزم فيـه وقد لا يقرضـه ما قـال له ، وقـد يموت القـائل لذلك قبـل أن يقرضـه ما أمره باقراضـه فصح بكل هـذا أنـه لا يلزم ذلك القول[٥] .

العتق : لا يصـح تعليق عتق العبـد على تملـكه أو بيعـه .

---

(١) الشرح الكبير ج ٦ ص ٥٨٢ .
(٢) اعـلام الموقعين لابن القيـم ج ٣ ص ٢٨٤ وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٢ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٤) منتهى الارادات ج ٢ ص ٤١٩ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٠٦ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١١٧ ــ ١١٨ .

جـــاء فى المحلى : من قـــال : ان ملـــكت عبـــد فـــلان فهـــو حـــر أو قـــال : ان اشتريته فهو حر ،أو قال ان بعت عبـــدى فهـــو حـــر أو قـــال شـــيئا من ذلك فى أمـــة لســـواه ، أو أمة لـــه ثم ملك العبـــد والأمة أو اشـــتراهما أو باعهمـــا لم يعتقـــا بشىء من ذلك •

أما بطـــلان ذلك فى عبـــد غيره وأمـــة غيره فلمـــا روينـــاه من طريق مســـلم عن عمران ابن حصـــين قال : قال رســـول الله صـــلى الله عليه وســـلم « لا وفـــاء لنذر فى معصية ولا فيمـــا لا يملك العبـــد » •

وأمـــا بطـــلان ذلك فى عبـــده وأمتـــه ، فلأنه اذ باعهمـــا فقـــد بطل ملـــكه عنهمـــا ولا وفـــاء لعقده فيما لا يملـــكه روينـــا من طـــريق حمـــاد بن ســـلمة حدثنـــا زيـــاد الأعلم عن الحسن البصرى فيمن قال لآخـــر ان بعت غـــلامى هـــذا منـــك فهـــو حـــر ، فباعه منـــه قال الحســـن ، ليس بحـــر ، ثـــم قـــال : ولو قـــال لآخـــر ان اشـــتريته منك فهو حر ثم اشتراه منـــه فليس بحـــر ، وهو قـــول أبى سليمان ، وأصحابنا [1] •

وأما تعليق العتق فى غير ذلك مما لا معصية فيـــه فانه يجـــوز •

جاء فى المحلى[2] : من قال ان كان أمر كذا ممـــا لا معصـــية فيـــه فعبـــدى هـــذا حر فكان ذلك الشىء فهو حـــر •

ومن أعتق الى أجل مسمى قريب أو بعيـــد مثل أن يقـــول : أنت حـــر غـــدا ، أو الى ســـنة أو الى بعـــد موتى أو اذا جـــاء أبى أو اذا أفـــاق فـــلان ، أو اذا نـــزل المطر ، أو نحـــو هذا ، فهـــو كمـــا قال ، وله بيعه ما لم يـــأت ذلك الأجـــل ، فـــان باعه ثم رجع الى ملـــكه ، فقـــد بطـــل ذلك العتـــق ولا عتق لـــه بمجىء ذلك الأجل ولا رجـــوع له فى عقـــده ذلك أصـــلا الا باخـــراجه عـــن ملـــكه ، لأن هـــذا العتق اما وصـــية واما نـــذر ، وكلاهمـــا عقـــد صحيح قـــد جـــاء النص بالوفـــاء بهمـــا •

فلـــو علق العتـــق بمعصـــــية أو بغـــير طـــاعة ولا معصـــية لـــم يجـــز العتق ، لأنه عقـــد فاســـد محـــرم منهـــى عنـــه قـــال رســـول الله صـــلى الله عليـــه وســـــلم : لا وفـــاء لنـــذر فى معصـــية الله[3] •

الطلاق : وكذلك لا يصـــح تعليق الطـــلاق على الشرط •

جـــاء فى المحلى : ومن قال : ان تـــزوجت فلانـــة فهى طـــالق ، أو قـــال فهى طـــالق ثلاثـــا فكل ذلك بـــاطل ، ولـــه أن يتزوجها، ولا تكون طالقـــا ، وكذلك لـــو قـــال كل امرأة أتزوجهـــا فهى طـــالق وســـواء عين مـــــدة قريبـــة أو بعيـــدة أو قبيلـــة أو بلـــدة كل ذلك بـــاطل لا يلـــزم •

لـــا روى عن على بن أبى طـــالب قـــال :

(١) المحلى ج ٩ ص ١٨٤ — ١٨٥ •
(٢) المحلى ج ٩ ص ١٨٧ •
(٣) المحلى ج ٩ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ •

لا طلاق الا من بعــد نــكاح وان ســـــماها فليس بطــلاق •

ولمــا روى عنــه أيضا أنه سئل عن رجل قال : ان تزوجت فلانة فهى طالق فقال على : ليس طــلاق الا بعــد ملك •

ولمــا روى عن ابن عباس أنــه قــال لا طــلاق الا من بعــد نكاح قــال عطـــاء : فان حلف بطــلاق ما لم ينكح فلا شىء[1] •

وجــاء أيضــا فى المحلى ومن قال اذا جاء رأس الشـــهر فأنت طــالق أو ذكـــر وقتا ما فلا تكون طالقــا بذلك لا الآن ولا اذا جاء رأس الشـــهر •

برهــــان ذلك أنــه لم يأت قــرآن ولا ســنة بوقوع الطــلاق بذلك وقــد علمنــا الله الطــلاق فى المدخـــول بهــا وفى غير المدخـــول بهــا ، وليس هــذا فيمـــا علمنـــا [2] •

التعليق على المشــيئة : لا يصــح الطلاق معلقــا على مشــيئة الله تعالى •

جــاء فى المحلى : ومن قال : أنت طـــالق ان شـــاء الله ، أو قـــال : الا أن يشـــاء الله ، أو قـــال : الا ألا يشـــاء الله ، فكل ذلك ســواء ، ولا يقع شىء من ذلك طلاق [3] •

الظهـــار : لا يصح تعليق الظهـــار على الشـــرط •

جــاء فى المحــلى « ومن عــلق ظهـــاره بشىء يفعــله ، مثل أن يقــول : أنت كظهــر أمى ان وطئتك ، أو قال : ان كلمت زيــدا ، وكــرر ذلك فليس ظهــارا فعل ذلك الشىء أو لــم يفعــله ، لأنه لــم يمض الظهـــار ولا التزمــه حين نطق به ، وكل مالم يلزم حين التزامــه لــم يلــزم فى غير حـــال التزامه الا أن يوجب ذلك نص ولا نص هنــا[4] •

الوصــية : ولا يجــــوز تعليق الوصــية على شرط ، فلو أوصى بعتق عبــد بعــد أن يخــدم فــلانا مــدة مسمــاة قلت أو كثرت ، كانت الوصــية باطلة [5] •

(ب) ما يصــح تعليقــه على الشرط :

١ ــ النذر : يصــح تعليــق النــذر على الشرط اذا كان ملزمـــا ، فاذا قـــال : لله على اذا خلصــنى من كذا ، أو اذا ملــكنى أمــر كذا ، أو اذا جمعنــى مــع أبــى ، أو فــلان صــديقى ، أو مــع أهــلى صــدقة أو ذكــر شــيئا من القــرب •• ، أو يقول لله على أن أنــزل الغيث ، أو ان صــححت من علتى ، أو ان تخلصــت ، أو ان ملــكت أمــر كذا ، أو مــا أشــبه هــذا لزمــه الوفــاء بمــا نــذر •

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٥ ــ ٢٠٨ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢١٣ ــ ٢١٦ .
(٣) نفس المرجع ج ١٠ ص ٢١٧ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ٥٧ .
(٥) المحلى ج ٩ ص ٣٢٢ .

فـان نـذر معصـــية لله أو مـا ليس بطـــاعة ولا معصـية لم يلـزم الوفـــاء بشيء من ذلك مثـــل أن ينشـد شـــعرا أو أن يصـبغ ثـوبه أحمـر ..

وكذلك من نـذر طاعـة ان نـال معصـية أو اذا رأى معصـية ، مثـل أن يقول : لله على صـوم ان قتـل فلان وفـلان مظلوم ولا كفارة عليه فى شيء من ذلك ، وليسـتغفر الله تعـالى .

وكذلك من أخـرج نـذره مخـرج اليمين، فقال على المشى الى مكة ان كلمت فلانـا ، أو على عتق خـادمى فلانـة ان كلمت فلانا أو زرت فلانا ، لا يلزم الوفـاء به ولا كفارة فيـه الا الاسـتغفار فقط [١] .

تعليق النذر على المشـيئة : ومن قال فى النـذر اللازم الا أن يشـاء الله ، أو ان شـاء الله ، أو الا ألا يشـاء الله ، أو ذكر الارادة مكان المشيئة أو الا ان بدل الله ما فى نفسى ، أو الا أن يبـدو لى ، أو نحـو هـذا مـن الاسـتثناء ، ووصـله بكلامه فهـو استثناء صحيح ، ولا يلزمه ما نذر [٢] .

٢ ــ عزل الوكيل ، ومثله الأمير والوالى والقـاضى : يصـح تعليـق عـزل الوكيـل على الشـرط ، مثل أن يقـول له ، أو يكتب اليـه ، أو يوصى اليـه ، اذا بلغك رسـولى فقـد عزلتـك ، فهـذا صـحيح ، لأن له أن يتصرف فى حقـوق نفسـه كمـا يشـاء ، فاذا بلغـه فقـد صـح عزله [٣] .

مذهب الزيـدية :

تنقسـم التصرفات من حيـث قبولهـا التعليـق وعـدم قبـولها فى المذهب الزيدى قسـمين :

القسـم الأول : تصرفـات لا تقبـل التعليق علـى الشرط وينـدرج تحت هـذا القسـم التصرفات التاليـة :

(أ) المعاوضـات :

١ ــ البيـع : اذا علـق البيـع على شرط مستقبل فسـد ، مثـل أن يقـول : بعت منـك كذا ان جـاء زيـد ، أو اذا أعطيتنى الثمن فقـد بعـت منـك كـذا ، أو اذا جاء غـد ونحـو ذلك من الشروط .

أمـا اذا علقـه علـى أمر ماض أو حال ، كمـا لو قـال بعت منـك هـذا ان كان فى ملـكى أو أن كنت ابن فـلان .. فان انكشف حصـول ذلك الشرط ثبت البيـع والا بطل .

وكـذا لـو علـق علـى مشـيئة اللـه تعـالى كما لو قـال بعت منـك هـذا بكذا ان شاء الله تعالى لم يصـح البيـع الا اذا كان مضـطرا لأن الله تعـالى يشاؤه فى حـالة

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٢ ، ٣ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٢٤ ــ ٢٥ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٤٦ .

الاضـطرار ، فيكـون حينئـذ تعليقـا على أمر موجـود وحاصـل بخلافه فى غـير حالة الاضـطرار[١] .

٢ ــ الاجـارة : ومثلهـا المزارعـة والمسـاقاة : لا يصـح تعليـق الاجـارة علـى شرط مسـتقبل ، وذلك لأن التعليـق يؤدى الى الغـرر ، فأشـبه بيـع الطـير فى الهـواء [٢] .

وتعتبـر المزراعـة والمغارسـة والمساقاة نوعـا من الاجـارة فـلا يصـح تعليقهـا كالاجـارة .

٣ ــ النـكاح : اذا علـق النـكاح علـى شرط مسـتقبل فسـد ، كمـا لو قال زوجتك ان جـاء فـلان غـدا ، أو أن شـفى الله مريضى .

الا أنـه اذا علقه على أمر ماض أو حـال فانـه لا يفسـد ، كمـا لو قال : زوجتـك بنتى ان كنت قرشـيا ، أو اذا كان قد حصل كذا ، ونحـو ذلك ، فاذا ظهـر أنه قرشى ، أو أنـه حصـل كـذا ، كـان الـزواج صـحيحا [٣] .

(ب) التبرعـات :

١ ــ الهبة : لا يصـح تعليـق الهبـة على شرط مستقبل قياسا على البيع[٤] .

(ج) الاقـرار : لا يصـح تعليـق الاقـرار على شرط مسـتقبل ، فلو قـال : ان جـاءنى فـلان فعـلى له كـذا ، فان الاقـرار لا يصـح ، وكـذا لو قـال : ان شـاء فـلان أو ان شـاء الله تعـالى ، أو ان هبـت الريـح .

أما ان علـق الاقـرار علـى الموت ، فان عـرف أن قصـده الايصـاء ، فانه لا تبطل فائـدة اللفـظ بالكليـة ، بـل يـكون ذلك اللفـظ وصـية ، نحـو أن يقـول : على لفـلان كـذا ان مت ، أما اذا لم يظهـر من قصـده الايصـاء فانه لا يصـح[٥] .

القسم الثـانى : تصرفات تقبـل التعليق علـى الشرط : وينـدرج تحت هـذا القسم التصرفات التاليـة :

(أ) من التمليـكات :

١ ــ الابـراء : يصـح تعليق الابـراء على الشرط ولـو كـان الشرط مجهـولا لم يعـلم وقت حصـوله نحو : ان هبت الريح ، أو وقع المطر أو نحو ذلك ، فيتعلق الابراء به مطلقا سواء تعلقت بـه أغراض الناس ، نحو اذا كـان الدياس ، أو وصلت القـافلة ، أم لم يتعـلق بـه غـرض ، نحـو أن نهـق الحمـار ، أو نعب الغـراب ، أو نحـو ذلك فانـه يصـح تقييـد الابـراء بـه .

كمـا يصـح تقييـد[٦] الابـراء بعوض مشروط كأبرأتـك ان وهبت لى كـذا ، فان

(١) التاج المـذهب ج ٢ ص ٣٦٥ والمنتزع المختارج ٣ ص ٥٧ .
(٢) التاج المذهب ج ٣ ص ٧٤ ، ص ١٣٤ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠ .
(٤) نفس المرجـع ج ٣ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ هامش .

(٥) التاج المذهب ج ٤ ص ٥٦ .
(٦) التاج المذهب ج ٤ ص ١٦٦ .

حصــل ذلك صــح الابــراء ، ولا رجــوع للمبــرىء .

وكذلك يصــح تعليــق الصــلح ـ الذى يكون بمعنــى الابــراء ـ على الشرط ولــو كــان مجهــولا ، كالابــراء المحض ، كأن يقــول صــالحتك عن المــائة درهم التــى بذمتــك بخمســين ان عجلتهــا الى ، أو ان جــاء زيــد غــدا فقد صــالحتك بكــذا ، أو اذا جــاء غد فقــد صــالحتك بــكذا ، أو نحــو ذلك[1] .

٢ ـ الوقف : يصــح تعليــق الوقف على الشرط ، مثــل ان يقــول : وقفت هــذه الدار ان شــفى الله مريضى ، أو أن جــاء زيــد ، فاذا تحقــق الشرط صــح الوقف والا بأن لم يشــف المريــض ولم يقــدم زيــد لم يوجــد الوقف وكذا لو علقــه علــى مشيئة اللـــه تعــالى لأن مشــيئته جــل شــأنه حاصــلة ، لأنه يشــاء القربة الا أن يكــون عليــه ديــن مطالب بــه ، أو هو مضــطر الى البيــع لأمــر هــام ، كالانفــاق لــه ولعــائلته أو للتزويج الذى يخشى من تركه الوقــوع فى معصــية ، فلا يصــح الوقف ، لعــدم حصــول شرطه ، وهو مشــيئة الله تعــالى ، ما لم يكن الشرط محظــورا نحــو ان شربت الخمــر فقد وقفت دارى هــذه فلا يصــح الوقف ، لأن ذلك يدل علــى عدم القــربة .

ولو قــال وقفت هــذا ان كان فى علم الله

---

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٧١ .

أن أولادى يكونـــون صـــالحين[2] . أو لا يحتاجون أو لا أحتاج أنا الى بيعه ، صح الوقف ويتوقف نفــوذه على حصول الشرط .

٣ ـ الوصــية : يصــح تعليقهــا علــى الشرط فاذا قــال : « اذا ثبت فــلان علــى الاســلام ، أو طلب العــلم » ، أو علــى ترك طلاق فلانة أو على طــاعة فلان . . فأعطوه كــذا ، فان عرف قصــد الموصى أنــه أراد الاســتمرار علــى ذلك أو جــرى عرف بــه لم يســتحق الموصى له الموصى به الا اذا اســتمر علــى ذلك الى موته (الموصى له) ويســلم له بعــد موت الموصى ، والعبــرة بالانكشــــاف ، فــان لــم يثبــت (علــى ما اشترطه) ضــمن .

وان لم يعــرف للموصى قصــد ، ولا جرى عــرف فى موضــع الثبــوت على الاستمرار ، فالوضــع اللغــوى يقتــضى اســـتحقاق الموصى له ذلك الشىء ، لثبــوته عليه ، ولو لم يثبــت الا ســاعة بعد مــوت الموصى ، فان ذلك كاف فى اســتحقاق الوصــية[3] .

(ب) الخلــع يصــح الخلــع معلقــا : كأن يقــول نحــو اذا أبرأتنى فأنت طالق ، فانهــا تطلــق بالابراء مــع تعيين المبــرأ منــه ، وهــكذا ان ومتــى أو أى أدوات الشرط . وكأن يقــول طلاقك ابراؤك[4] .

---

(٢) التاج المذهب ج ٣ ص ٣٠١ ، ص٣٠٢ ، ص ٣٣٢ .
(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٧٨ .
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ١٧٩ ـ ١٨١ .

(جـ) الولايات : ومنهـا :

١ ـ الوكالـة : تصـح الوكالـة معلقـة بمجىء وقت نحـو أن يقـول وكلتـــك من وقت كـذا .

وتصـح أيضـا مشروطة بغـير وقت نحو اذا جـاء زيـد فقـد وكلتـك[١] .

٢ ـ الوصـاية : تصـح الوصـاية مؤقتة بمجهـول ومعـلوم ، ومشروطة ومطلقـة كالوكالة .

فالمجهـول كمـا لو قـال أوصـيت اليك الى أن يبلـغ ابنى فـلان ، أو يقـدم من سـفره ، فاذا بلـغ أو قـدم من سـفره فهـو الوصى .

والمعـلوم كأن يقـول : أوصـيت اليـك سـنة وبعـدها وصـيى فـلان ، صـحت الوصـاية فى ذلك كلـه ، لصـحة دخـول الجهـالة اليهـا .

وتصـح أيضـــا مسـتقبلة ومسلسـلة كأوصـيت الى فـلان فـان فسـق فالى فـلان[٢] .

٣ ـ المضـاربة : يصـح تعليقهـا علـى الشرط كمـا لو قـال : اذا قـدم فلان فقد ضـاربتك ، فاذا تحقــق الشرط وجـــدت المضـاربة .

ويصـــح أيضـــا أن يأمـــره ببيـع العروض ثم يضـارب نفســه فى ثمنهـا ، قـال فى الكواكب : نحـو أن يقـول ضاربتك فى ثمن هـذا متى بعتـه .

وكـذا لو قـال متى بعته فقـد ضـاربتك فى ثمنـه أو يقـول متى بعتـه ضـاربت نفسـك فى ثمنـه ، ولا يشـترط بيـان قدر الثمن[٣] .

٤ ـ الشركـة : يصـح تعليقهـا علـى الشرط ، كمـا لو قـال : ان جـاء زيـد فقد شـاركتك ، فاذا تحقـق الشرط وجـــدت الشركة والا لم توجـد[٤] .

(د) الاسـقاطات :

١ ، ٢ : الطـلاق والعتق : يصـح تعليقهما على الشرط ، فلـو قـال ان لم أتـزوج فأنت طـالق ، أو اذا دخلت الـدار فأنت حـر .. صـح التعليق ووقع الطـلاق أو العتق عنـد تحقـق الشرط[٥]

(هـ) الايـلاء : يصـح تعليق الايـلاء على الشرط ، فلو أقسـم لا وطىء زوجتـه أربعـة أشـهر ان دخلـت الـدار ، فانهـا متى دخـلت الـدار ، وهى زوجته غـير مطلقـة ولا مفسـوخة ـ صـار موليـا .

وكـذا لو علـق الايـلاء بمشـيئة زيـد وقـع الايـلاء ان شـاء زيد فى المجلس أو فى مجلس بلـوغ الخبـر .

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٢٠ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ض ٢٨٦ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ١٥١ ـ ١٥٢ .
(٤) التاج المذهب ج ٣ ص ١٨٣ ـ ١٨٤ .
(٥) التاج المذهب ج ٢ ص ١٣٥ ، ج ٣ ص ٣٨٢ ، ص ٣٨٦ .

فأمـا لو علقـه بمشـيئة الله تعـالى لم يـكن موليـا ، لأن الوطء مبـاح لا يشاء الله فعله ، ولا تركه الا حيث كان يضره الوطء أو يضرهـا فى غـير البـكارة ، فانـه يقـع ، لأن الله لا يشـاء الامتناع منه الا اذا أضر ، وكان المـولى يظـن استمرار المضرة أربعـة أشهر فصاعـدا ، فلـو زال الظـن قبـل الأربعـة فقد وقع الايلاء بالظن الأول[١] ..

(و) الالتزامات :

١ ــ الكفالة : يصـح تعلق الـكفالة علـى الشرط مطلقا ولو كان مجهـولا ، فلو قـال : اذا جاء خـالد أو اذا هبت الريـح ، أو جاء المطـر ، فقـد كفلت لك بدينـك صـحت الكفالة ، فاذا تحقـق الشرط وجـدت والا لم توجـد[٢] .

وكـذا تصـح لو شرط المشـترى كفيـلا فى الثمن ان اسـتحق المبيـع سـواء كان الكفيل معينـا أم غـير معين[٣] .

ويصـح ضـمان ما سيثبت من الحقـوق سـواء كان ثبـوته فى المسـتقبل بمعـاملة أم بدعـوى .

فالأول : نحـو ما بايعت من فـلان فأنـا ضـامن بذلك فان الضـمانة تصـح فى الثمن المعتـاد لا ما زاد ، وما أقرضـته فأنا ضامن بذلك .

والثـانى نحـو ما صـح لك على فـلان بدعـواك فأنـا ضـامن لك بـه ، فـان الضمانـة تصـح وتلزم اذا ثبتت بالبينـة والحـكم ان علم الحاكم لا بالنكول والاقرار ورد اليمـين ، ومن قـال لغيره تزوج أو طلق وعلى المهـر وما لزمـك واحنث ، وعلـى الـكفارة أو ما لزمك واشـتر ، وعلى الثمن ، أو ما لزمك أو وأنا ضـامن لك ، أو وألزمت نفسى بمـا لزمك ، فـكل هـذا وما أشـبهه يصـح عنـد الزيدية ، وان لم يـكن البائع معـلوما ، لأن الضـمان للمشـترى وهـو معلوم ويصـح الضـمان فى الثمن والمهـر بقـدر المعتـاد لا ما زاد ، ولـذا يسـمى ضـمان الدرك ، حيث يضـمن له ما لزمـه وما وجب عليـه[٤] .

٢ ــ التحريضـات : يصـح تعليقهـا على الشرط فلـو قال الامـام : من قتـل قتيـلا فلـه سـلبه ، صـح ذلك ، وكـان السلب للقـاتل .

وكـذا اذا خص شـخصا معينـا كما لو قـال لأحـد الجنـود ان قتلت فـلانا فلك سـلبه ، صـح ، وكـان السـلب لـه اذا قتـله[٥] .

٣ ــ النـذر : يصـح تعليق النـذر ، فلو قـال : اذا قـدم ابنى من السـفر ، أو شـفى الله مريضى فبقرتى صـدقة ، أو نحـو ذلك صـح ولزمه الوفـاء بالنـذر ، اذا تحقق الشرط[٦] .

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٥٧ .
(٢) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤١ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧١ .
(٤) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٦ ــ ١٤٨ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٣٧ .
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٨ .

٤ ــ الرهن : يصــح تعليقــه على الشرط ، فلو قــال : ان لم آتك بدينــك ليــوم كــذا فقــد رهنتــك هــذا ، انعقــد الرهن عند حصــول الشرط ، ولابد من تجـديد القبض ليخــرج من الأمانـــة الى الرهن[1] .

(ز) التقييــدات : الرجعــة : يصـــح تعليــق الرجعــة علــى الشرط كأن يقــول المطلــق والعــدة باقيــة ، اذا جــاء زيد فقــد راجعتــك أو نحــو ذلك من الشروط ، ســواء كان الشرط حاليــا أو مســـتقبلا أو ماضــيا ، نحــو من دخلــت دارى منكن فقــد راجعتهــا .

وكـــذا يصــح اضـــافتها الى وقت كــآن يقــول اذا جــاء غد فقــد راجعتك فلا يثبت حكمهــا الا من فجــر غــد .

مذهب الامامية :

تنقســم التصرفات مــن حيـث قبولهــا التعليــق وعــدم قبولهــا الى قســمين :

القســم الأول : تصرفات لا تقبــل التعليق علــى الشرط ، ويـنــدرج تحت هــذا القسم التصرفات الآتيــة :

(أ) المعاوضـــات :

١ ــ البيع : لا يجوز تعليــق البيــع على شرط مســتقبل ، فلو قال ان فعــلت كذا فقد بعتــك هــذا الثوب لم يصح[2] .

٢ ــ الاجــارة : وكــذا لا يجــوز تعليق الاجــارة .

جــاء فى مفتــاح الكرامة « وان استأجره مــدة شــهر بــدرهم ، فان زاد فبحســابه فالأقــرب البطــلان .. يعنى اذا قــال له آجرتك الــدار شــهرا مثلا من الآن ، فان زدت عن الشـــهر فبحســابه ، فان الأقرب عنــد المصــنف صــحة الاجــارة فى الشهر وبطلانهــا فى الزيــادة ، ويلزم فيهــا أجرة المثــل ، وهــو المختــار لصــاحب السرائــر والتــذكرة .

أمــا الصــحة فى الشــهر فلأن كلا من العوضــين وهو الشــهر والدرهم ، معلوم . وأما البطــلان فى الزيــادة فلاشــتمالها علــى الجهــالة والتعليــق .

واختــير البطــلان فى الأمــرين معــا فى الايضــاح وجامع المقاصــد ، لأن فســاد الشرط يســتلزم فســاد العقد ، كما تحرر فى محــله ، ولأن العوضــين هما ما اقتضاهما العقــد والشرط من جملتــه [3] .

٣ ــ النــكاح : لا يجــوز تعليــق النكاح علــى شرط مســتقبل ، لأنــه يشــترط فى صــيغة هــذا العقــد أن تكون منجـــزة فلو كانت معلقة لا يصــح العقــد لانتفــاء الجــزم بسبب التعليــق [4] .

(ب) التبرعــات : ومنهــا :

١ ــ الوقف : لا يصــح تعليــق الوقف على

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٢٧ .
(٢) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٤١ ــ ٤٢ .
(٣) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ١١٣ .
(٤) قواعد الأحكام للحلي ج ٢ ص ٤ .

شرط مســتقبل فلو علقــه بطــل ، الا أن يكون الأمر الــذى علق عليه الوقف واقعــا فعــلا ، والواقف عــالم بوقوعــه كقــوله : وقفت هــذه الدار ان كان اليــوم هو يــوم الجمعــه [١] .

٢ ــ الهبــة : والهبــة مثــل الوقف فى عــدم صــحة تعليقهــا [٢] .

(ج) الالتزامات :

١ ــ الكفالة والضــمان والحوالة : لايصح عنــد الاماميــة تعليق أى من هــذه العقــود على الشرط ، ألا أنــه يصــح عندهم ضمان الــدرك ، فاذا قال : ان اســتحق المبيــع فأنــا ضــامن لثمنه ، أو أن ظهــر بــه عيب فأنا ضــامن لأرش العيب.صــح الضــمان ، فــاذا تحقق الشرط وجــد الضــمان والا لم يوجــد [٣] .

ومن الصــور الصــحيحة التى وردت فى المذهب من أنــه يصــح بذل الفــدية من الزوجـــة ومن وكيلهــا وممن يضــمنه فى ذمتــه باذنهــا ، فيقــول للــزوج : طلــق زوجتــك على مائة وعلــى ضــمانها ، وقــد يشكل هــذا بأنه ضــمان ما لم يجب ، لكن قــد وقــع مثلــه صــحيحا فيمــا لو قال راكب البحــر لذى متــاع ألــق متــاعك فى البحــر وعلى ضــمانه[٤] .

(د) الوكالة : لا يصــح تعليــق الوكالة علــى شرط مســتقبل أو صــفة مرتقبــة ، كما لو قال : ان قــدم فــلان فقــد وكلتك ، وذلك لأنــه يشــترط فى الوكالة التنجيز .

أما لو علقهــا علــى صــفة واقعة كمــا لو قــال : وكلتــك ان طلعت الشــمس هــذا اليــوم ، وقد طلعت حين العقــد فانــه يصح العقـــد[٥] .

(هـ) الاســقاطات :

١ ــ الطــلاق : لا يصــح عنــد الاماميــة تعليق الطــلاق على شرط مستقبل مطلقــا ، كما لا يجــوز تعليقــه على المشــيئة .

جــاء فى المختصر[٦] النــافع ويشــترط تجريــده أى الطــلاق عن الشرط والصــفة ، فلو قــال لزوجتــه ان قــدم فلان من سفره أو ان دخلــت الدار أو أن طلعــت الشمس فأنت طالق ، لم يقــع الطــلاق .

الا أن يكون الشرط معــلوم الوقــوع له حــال صــدور صــيغة الطــلاق كما لو قال أنت طالق ان كان الطــلاق يقــع بك ، وهو يعــلم وقوعــه على الأقــوى لأنــه حينئذ غــير معلق[٧] .

٢ ــ الظهــار : ولا يقع الظهــار الا منجزا غــير معلق علــى شرط ولا صــفة[٨] كقدوم زيــد وطلــوع شــمس ، كمــا لا يقــع الطــلاق معلقــا اجمــاعا .

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ٢٦١ .
(٢) قواعد الاحكام ج ١ ص ٣٤٧ .
(٣) الروضة البهية ج ١ ص ٣٦٤ .
(٤) الروضة البهية ج ٢ ص ١٦١ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ١٥
(٦) المختصر النافع ص ٢٢٢ .
(٧) الروضة البهية ج ٢ ص ١٤٨ .
(٨) نفس المرجع ج ٢ ص ١٧٠ .

وانما كان الظهار مثل الطلاق لقول الصادق : لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق .

ولرواية القسم بن محمد قال : قلت لأبى الحسن الرضا انى ظاهرت من امرأتى ، فقال لى : كيف قلت ؟ قال : قلت : أنت على كظهر أمى ان فعلت كذا وكذا ، فقال : لا شىء عليك ولا تعد .

وقيل ، والقائل الشيخ الطوسى وجماعة : يصح تعليقه على الشرط وهو ما يجوز وقوعه فى الحال وعدمه كدخول الدار ، لا على الصفة وهى ما لا يقع فى الحال قطعا ، بل فى المستقبل كانقضاء الشهر وهو قوى ، لرواية جرير الصحيحة عن الصادق قال « الظهار ظهاران : فأحدهما أن يقول : أنت على كظهر أمى ثم يسكت فذلك الذى يكفر قبل أن يواقع ، فاذا قال : أنت على كظهر أمى ان فعلت كذا وكذا ففعل وجبت عليه الكفارة حين يحنث » .

ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة عنه ، فخرج الشرط عن المنع بهما ، وبقى غيره على أصل المنع .

وأما أخبار المنع من التعليق مطلقا فضعيفة جدا لا تعارض الصحيح مع امكان حملها على اختلال بعض الشروط غير الصيغة كسماع الشاهدين[١] .

٣ ــ الايلاء : ولابد من تجريد الايلاء عن الشرط والصفة على أشهر القولين ، لأصالة عدم الوقوع فى غير المتفق عليه وهو المجرد عنهما .

وقال الشيخ فى المبسوط والعلامة فى المختلف : يقع معلقا عليهما لعموم القرآن السالم عن المعارضة .

ولا يقع الايلاء لو جعله يمينا كأن يقول : ان فعلت كذا فوالله لا جامعتك قاصدا تحقيق الفعل على تقدير المخالفة زجرا لها عما علقه عليه ، وبهذا يمتاز عن الشرط مع اشتراكهما فى مطلق التعليق ، فانه لا يريد من الشرط الا مجرد التعليق لا التزام فى المعلق عليه ويتميزان أيضا بأن الشرط أعم من فعلهما واليمين لا تكون معلقة الا بفعلها أو فعله ، وعدم وقوعه يمينا بعد اعتبار تجريده عن الشرط واختصاص الحلف بالله تعالى واضح .

وكذلك لا يقع لو حلف بالطلاق أو العتاق ، بأن قال : ان وطئتك ففلانة ــ احدى زوجاته ــ طالق ، أو عبده حر ، لأنه يمين بغير الله تعالى[٢] .

٤ ــ العتق : ولا يجوز أيضا تعليق العتق على الشرط ، كما لو قال : أنت حر ان فعلت كذا ، أو اذا طلعت الشمس ، الا فى التدبير ، فانه يجوز أن يعلق بالموت لا بغيره ، والا فى النذر ،

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٧٠ .

(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١٧٧

حيث لا يفتقر الى صيغة ان قلنا به نعم لو نذر عتق عبده عند شرط سائغ انعقد النذر ، وانعتق مع وجود الشرط ان كانت الصيغة أنه ان كان كذا ، من الشروط السائغة ، فعبدى حر ، ووجب عتقه ان قال : فلله على أن أعتقه .

والمطابق للعبارة الأول ، لأنه العتق المعلق لا الثانى فانه الاعتاق .

ومثله القول فيما اذا نذر أن يكون ماله صدقة أو لزيد أو أن يتصدق به أو يعطيه لزيد ، فانه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأول ، ويصير ملكا لزيد قهريا ، بخلاف الأخير فانه لا يزول ملكه به وانما يجب أن يتصدق أو يعطى زيدا فان لم يفعل بقى على ملكه وان حنث[1] .

٥ ـ التدبير : وشرط صيغة التدبير التنجيز ، فلو علقها بشرط أو صفة ، كان فعلت كذا ، أو طلعت الشمس فأنت حر بعد وفاتى بطل التدبير ، وأن يعلق بعد الوفاة بلا فصل ، فلو قال أنت حر بعد وفاتى بسنة مثلا ، بطل .

وقيل : يصح فيهما ، ويكون فى الثانى وصية بعتقه وهو شاذ[2] .

(و) الاقرار : لا يصح تعليق الاقرار على الشرط أيضا حتى ولو كان على المشيئة ، فلو قال : فى ذمتى كذا ان شاء الله تعالى ، أو قال ان شاء محمد ، أو ان شئت بطل الاقرار ان اتصل الشرط به ، لأن الاقرار اخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغة ، فالتعليق ينافيه ، لانتفاء الجزم فى المعلق الا أن يقصد فى التعليق على مشيئة الله تعالى التبرك ، فان قصد ذلك صح ، ولا يضره التعليق .

ولو علقه بشهادة الغير ، فقال ان شهد فلان على بكذا ، فهو صادق ، أو فهو صدق ، أو حق أو لازم لذمتى ونحوه فالأقرب البطلان[3] .

القسم الثانى : تصرفات يصح تعليقها على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم ما يأتى :

(أ) الوصية : يصح تعليق الوصية على شرط مستقبل ، فلو قال : افعلوا بعد وفاتى فى سنة كذا كذا ، أو بعد وفاتى فى سفر كذا صح ، فان تحقق الشرط تمت الوصية ، والا لم توجد وتبطل لاختصاصها بمحل القيد[4] .

(ب) الايصاء : جاء فى الروضة البهية[5] . وتصح الوصية الى الصبى منضما الى كامل لكن لا يتصرف الصبى حتى يكمل فينفرد الكامل قبله ، ثم يشتركان فيها مجتمعين، نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبى اتبع شرطه ،

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٩٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٠٢ .
(٣) الروضة البهية ج ٢ ص ٢١٤ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤ .
(٥) الروضة البهية ج ٢ ص ٦٠ .

(جـ) النذر : يصـــح تعــليق النذر على شرط مستقبل ، ويلزم أن يكـــون الشرط الذى علـــق عليـــه النذر ســائغا أى مشروعـــا ان قصـــد بالجـــزاء الشكر كقـــوله أن حججت أو رزقت ولـــدا ، أو ملكت كذا فلله على كذا من أبواب الطاعـــة وان قصـــد الزجـــر عن فعله اشترط كونه معصـــية أو مباحا راجحا فيه المنع ، كقـــوله : ان زنيت أو بعت دارى مع مرجوحيته ــ فلله على كـــذا ــ ولو قصـــد فى الأول الزجـــر ،وفى الثانى الشكر ، لم ينعقد ، والمثـــال واحـــد ، وانما الفارق القصـــد •

ولو انتفى القصـــد فى القسمين لم ينعقد ، لفقـــد الشرط ، وهـــو قصـــد الشـــكر فى[1] الأول والزجـــر فى الثانى •

مـــذهب الاباضية :

تنقسم التصرفات من حيث قبولهـــا التعليق على الشرط وعـــدم قبولهـــا الى قسمين •

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـــذا القسم المعاوضات والاقرار والمضاربة •

ــ المعاوضات : ومنها •

١ ــ البيع : الراجح فى المـــذهب أن البيع لا يقبل التعليق على الشرط ، فلو قـــال : بعتك هـــذا الشىء ان رضى فـــلان ، أو ان شـــاء الله تعـــالى ، أو ان أصبت المعونة فانـــه لا يصـــح البيع لأنـــه لا يدرى هـــل يتحـــقق الشرط أولا يتحـــقق فيفسد للجهالة وفى قول مرجوح لا يفسد[2] •

وقـــد منع هـــذا الرأى الشيخ ، لأنه بيع وشرط غير معـــلوم •

٢ ــ عقد النكاح : جـــاء فى شرح النيل[3] : والتحـــقيق عندى أنه ان قال : رضيت ان رضى فلان ، أو ان كان كـــذا ، أو رضيت على شرط رضى فـــلان ، أو رضيت بشرط أن يرضى فـــلان ، أو نحـــو ذلك مـــن أدوات التعليق والاتصـــال لم يلزم •

وأما ان قـــال رضيت وأشاور فـــلانا فانه لازم •

وان علـــق الى من لا يمـــكن منه الرضى كميت وبهيمة وجمـــاد جازفى حينـــه ، وكذا فى الولى والمرأة •

وان قـــال قبلت ان فعـــلت كـــذا أو فعلت كـــذا أو كان كـــذا لم يجـــز •

وقيل جـــاز وبطـــل الشرط •

وان علـــق لبلوغ طفـــل أو مجنون ، علق لبلـــوغ أو افاقـــة •

وان قـــال ان شـــاء الله أو ان أصبت المعـــونة أو نحـــو ذلك فقولان •

(١) المختصر النافع ص ٢٤٧ طبعة ١٩٥٨ ويراجع الروضة البهية •

(٢) شرح النيل ج ٤ ص ١٢٠ ، ص ٧٧ •
(٣) شرح النيل ج ٣ ص ١٦٣ ــ ١٦٤ •

(ب) الاقرار : لا يجــوز تعليق الاقرار على الشرط فلـــو قال : لك على كـذا ان قـدم فـلان أو نزل المطر ، أو ان قـال فـلان انه على ، أو ان دخـل هـذا البيت أحـد لا يصـح الاقـرار ، ولا يلزمـه شيء[١] .

(ج) المضاربة : للمذهب فى تعليق المضاربة رأيان .

أحـدهما : المنع .

والثانى الجـواز .

فقـد جـاء فى شرح[٢] . النيل : ويمنع تجـويز أمـر من أمـر انسانا بقبض دين على أن يضارب بـه ذلك الانســان اذا قبضه بجـزء معـلوم من الربـح ، لأنه حين كلفـه القبض لذلك الدين صارت له فى ذلك منفعـة ، وكل منفعـة اشترطها رب المال على المضارب غير سهمه مـن الربح ، فانهـا تصيرمـا انعقـد عليه القـراض مجهولا ، فكأنه قارض على رأس مـال مجهـول ، وذلك لأن المقارض قـد استحـق فى الحقيقة شيئا مـن ذلك المـال الذى قبضـه من الأجنبى فى نظير سيره وقبضه ، كـذا قيل .

ويبحث فيه عندى بأن رب المـال انما أراد أن يكـون القـراض منعقـدا بعـد القبض فليس عنـاؤه فى القبض داخـلا فى القراض بل خـارج عنه انمـا ينعقد بعده وانمـا يسـتحق الأجـرة فى ذمـة صـاحب المـال لو استحقها ــ والآن لا يستحقها ، بـل تبرع بعنائـه فان قبض اسـتأنف من حين قبضه ، والا لم يطالب بعنائـه ، وأولى فى التعليـل من ذلك أن يقال : أن القراض ينعقد بين اثنين كالبيع ، وأمر صـاحبه بالقبض على القـراض ليس اعطاء لـه على القراض ، لأنـه حينئذ فى ذمة فاذا كان فى يـد صـاحبه أو مأمـوره بالقبض فليعقـد القـراض حينئذ .

وقيل بجـواز ذلك كمـا هـو ظاهـر كلام الديوان .

ونصه[٣] يجـوز القـراض بـكل ما كان أصـله أمـانة من الدراهم والدنانير عند ذلك المقارض أو عند غيره مـن الناس اذا علم وزنها ولا يجـوز القـراض بالدين ولا بكل ما كان مضمونا بيد أحـد من النـاس ووجه امتناع تصيير ما بالذمـة قراضـا قبل قبضه مخافـة أن يكون قـد أعسر وهـو يريـد أن يؤخـره عنـه على أنه يـزيده فيـه فيكـون ربا .

وفى التاج مـن قال اقبض لى مـالى على فـلان وضـارب به فقبضه وعمل به جازله وكان وكيلا فى قبضه مؤتمنا فيه .

قـال أبو سعيد ،هذا كالوديعة وفيهـا خـلاف .

(١) نفس المرجع ج ٧ ص ١٤٦ .
(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٣ .
(٣) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٢ .

فقيل لا تجـوز المضاربة بها حتى يقبضها ربهـا أو يدفعهـا بسبيل المضاربة •

وقيل ، تجـوز لأنهـا غير مضمونة •

ومن دفـع لأحـد متاعا يبيعـه ويضارب بثمنه جـاز لـه •

وقيل ، لا ، والربح لربه ، وللمضارب عناؤه — أجر مثله — لجهل الثمن[1] •

القسم الثانى : تصرفات تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـذا القسم التبرعات والولايـات والتوثيقـات والتقييـدات والاسـقاطات :

(أ) التبرعات : الهبة : جـاء فى شرح النيل : وان قـالت خـذ هـذا المـال كى تتزوجنى أو تطلقنى ، أو علىالا تطلقنى أولا تتزوج على ، أو على أن تتزوج على أو تتسرى ، أو على ألا تتسرى ، أو على أن تبيع سريتك ، أو تعزل عنها •• فلـه أخذه ، لأن ذلك فعله جـائز لـه وملك له لا حـرام عليه ولا فرض عليه ، فجـاز له أخـذ الأجـرة عليه وهو هبة له معـلقة الى فعل ما شرطت عليه ، فان نقض ما شرطت عليه لزمـه الرد والصداق ، أما الرد ففى الكل وأما الصـداق ففى غـير الأولى ، لأنه لم يتزوجهـا فـلا صـداق لها فضـلا عن أن يرده •

والظاهـر أنه ان شرطت التزوج فتزوجها ، ثم طلقهـا لزمـه الرد أيضـا ، لأنه قـد علم أن مـرادها أن يمسكهـا ويتبين تركه مـا

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٤ •

شرطت عليه بفوات الوقت ان وقتا وبفوات الامكان ، والا فبقيامه من المجلس غـير فاعل لـا يمكن فعـله[2] ••

وجـاء فى شرح النيل أيضـا : وما علق أى من الهبـة الى شرط أو سـبب أو وقت السبب فهـو الى ما علـق اليـه[3] •

(ب) الولايات وتشمل :

١ — الوصـاية : جـاء فى شـرح النيـل وجـاز تعليـق اسـتخلافه لشىء معـلوم أو مجهـول كسنة أو نزول مطر أو بلوغ أحـد أو افاقته مـن جنون أو قدومـه من سفر مثلا — فاذا تحـقق الشرط أصبح وصيا والا لم يصبح[4] •

٢ — الوكالة والامـارة : يجـوز تعليق الوكالة وكـذا الامارة على الشرط •

فقـد جـاء فى شرح النيل[5] • فمن وكل أو استخلف أو أمر طفلا أو مجنونـا أو مشركا على شراء شىء له اذا بلغ أو أفاق أو أسلم المشرك فيما لا يجـوز له شراؤه لنفسه بسبب شركه كشراء المصحف والعبد •• ففى جوازه قولان •

الجـواز اعتبـارا للحالة المترقبة التى يجوز فيهـا الفعـل لأنه علق اليهـا •

والمنع اعتبارا للحالة الحـاضرة التى لا يجـوز فيهـا الفعـل •

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٢٧ •
(٣) شرح النيل ج ٦ ص ٦٢ •
(٤) شرح النيل ج ٦ ص ٤٤١ •
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٦٩٥ — ٦٩٧ •

والصـحيح عنـدى الأول لأنه لم يقطـع بالتوكيل فى حال لا يجوز الفعل فيهـا ، فضلا عن أن يحتـاج الى تجـديده بعـد فى حال جواز الفعل ، بل علقـه الى حال الجواز فهو كسائر العقود المقيدة والشروط المجوزة .

ولا يعكر أنه لا طـلاق ولا عتـاق قبـل ملك لاختلاف ما بين المسألتين ، لأن مسـألتنا صورتهـا اذا وقع بلوغ مثلا فافعـل كذا ، فهى أقوى ، لأنهـا توكيل بفعـل مسـتأنف بعـد حالة الجـواز ومسـألة الطلاق والعتاق بكلام سبقها ، لا بكلام يقع بعد الملك .

وفى الديوان ما نصـه : وأما ان قال للطفـل : استخلفتك اذا بلغت أو وكلتـك اذا بلغت أن تشـترى لى كـذا وكـذا ، أو أن تبيـع لى هـذا الشيء ، أو قال لمجنـون أيضـا اسـتخلفتك ، أو وكلتك اذا أفقت أن تشـترى لى كـذا وكـذا ، أو قال للمشـرك استخلفتك أو وكلتك اذا أسـلمت أن تشترى لى كذا وكذا أو أن تبيع لى كـذا وكـذا أو قال ذلك للعبـد اذا أعتقت فإن هـذا كـله جائز .

ثم قال : ومنهـم من يقـول : اذا وكل الطفـل الى بلوغـه ، والمجنـون الى افاقته والعبـد الى حريتـه والمشرك الى اسـلامه فلا تجـوز هـذه الوكالة والخطـاب والغيبة فى ذلك سـواء مثل أن يقـول للطفـل وكلتك أن تشـترى لى كـذا اذا بلغت أو وكلت فلانا أن يشـترى لى كذا اذا بلـغ أو ان يقول : اذا بلغت فقـد وكلتك أن تشـترى لى كذا ، أو اذا بلـغ فلان فقـد وكلته أن يشـترى لى كذا ، وكذا سـائر التعليقـات فى وقت يجوز فيه الفعل الى وقت بعـد وقت لا يجـوز فيه ، أو فى وقت لا يجـوز فيـه الى وقت يجـوز مثل أن يقـول وقـد أذن لظهر الجمعة أو لما يؤذن اذا صـليت الجمعة فقـد وكلتك أن تشـترى لى كذا ، أو وكلتك أن تشـترى لى كذا اذا صـليتها .

وكذا المكان مثل : اذا خرجت من المسـجد فقـد وكلتك الخ ، أو وكلتك أن تفعـل اذا خرجت منـه وكذلك جاء فى شرح النيـل : أنه لو عقـدت الامارة لشـخص الدفاع عن الوطن ان جاء العـدو ، فانهـا تصـح فاذا قدم العدو أصبح أميرا[1] .

(ج) التوثيقات ومنها : الحمالة والكفالة : يجـوز تعليقهما على الشرط .

فقد جاء فى شرح النيل[2] : ما يفيـد أن الحميل يبرأ من الحمالة ان وقتهـا الى وقت معين عند حصول ذلك الوقت مثـل أن يقول: ان بينت مقـدار الحـق الى وقت كـذا أو جئت ببيـان علـى أن لك عليـه كـذا فأنا حميـل لك عنـه أو يقـول أن جئتنى قبـل وقت كذا للقبض أعطيتـك عنـه ، فان تحقق ذلك لزمت الكفالة ، والا فلا .

وكذلك تلزم الحمالة ان قال للمحمول له : ان لم يعطك فلان مالك الى أجـل كذا ، أو أن جاء وقت كذا ولم يعطك فأنا حميـل لك به

(١) المرجع السابق ج ٧ ص ٣٧٣ .
(٢) شرح النيل ج ٣ ص ٧٥٩ — ٦٦٠ .

ولم يعطه عنـد الأجـل ، وكذلك لم يعطـه قبله فله أن يستمسك بالحميل ليعطيه •

وكذا لو قال له : ما كان لك على فـلان فقـد تحملته عنـه ان رضى فـلان ، يعنى فلانا الآخـر غير المحمول عنـه • وكـذا ان رضى فـلان المحمـول عنـه أو ان قـدم اليـوم فلان ، أو ان بقى مالى الى وقت كـذا ، أو ان دخلت الدار ، وكـذا ان كان المعلق عليه منفيـا مثل ان لم يقـدم فلان ، أو ان لم يرض فـلان ، الذى هـو غـير المحمـول عنـه ، أو ان لم يدخـل فـلان الدار ، فوقـع ما شرط وقوعـه وانتـفى ما شرط انتفاءه •

وفى اجـازة تعليق الحمـالة الى مجهـول قولان ، كمـا لو علقهـا على حصـد زرع ونزول مطر وقدوم مسافر •

ففى أحـد القولين تثبت الحمـالة لأنهـا عهـد معقـود بين أناس كعقد البيع ، والعقد يجب الوفاء به سـواء أكان فيه الجهـل أو العـلم اذا لميكن معصـية ولأنهـا تـبرع ولايجب أن يكون ما هـو كذلك معـلوما ، ولأن ذلك شىء ألزمه نفسـه فلزمه ، وقـد قـال جابر بن زيد : من ألزم شـيئا لنفسـه ألزمناه له ، ولقوله صـلى الله عليـه وسـلم : « المؤمنـون على شروطهم الا شرطا أحـل حـراما أو حـرم حـلالا ، وهـذا كالشرط بل أقـوى ، ولأنه صـلى الله عليه وسـلم قـال : الزعيم غارم ، ولم يشـترط فى غرامته أن يكون معـلوما فى نفسـه ولا فى أجـله ان أجل كما اشترط ذلك فى البيع •

والقـول الثـانى : المنـع ، لأن فيهـا طرفا من الشـبه بالبيع وهـو لو اشـترى مجهـولا ، أو الى أجـل مجهـول ، ثم علم لا يلزمه بعلمـه [١] •

ولاتصح الحمالة فى الدرك عند الاستحقاق، كأن يشـترى الانسـان شـيئا فيخـاف أن يكون لغير بايعه فيحتمل له آخر بأن يعطيه مثله أو قيمته ان ظهـر أنه لغير بائعـه ، أو الدرك فى رد بعيب كأن يشـترى شـيئا ويحتمل له آخـر بأنه ان ظهر معيبـا غـرم له الأرش أو المثـل ، أو رد له الثمن ، أو يتحمـل للبـائع بأنه ان رد اليـه بعيب أو طولب بالأرش غـرم الأرش أو أخـذ الشىء ورد الثمن من عنده •

ووجـه ذلك أن المسـتحق والمعيب ليس حقـا للمحمـول له الذى هـو المشـترى ولا المعيب حقا للبائع ، وجـوزت فى المستحق ان لم تـكن على رد الشىء بعينه عن مستحقه فى مسـألة الاسـتحقاق ، بأن كانت على رد المثـل أو القيمة وان كانت على رد المثلى بعينه فى الاستحقاق لم تجز •

وعن جابر شـيخ أبى عبيـدة اجازتهـا على رد الشىء بعينـه فى الاستحقاق[٢] •

(د) التقييدات : ومنها :

١ ـــ عـزل الوصى : أجاز المذهب تعليق عـزل الوصى على الشرط ، فلو قال : أوصيت اليك الى أن يبلغ فلان أو أن ينزل المطـر ،

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٦٦١ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٦٥٧ ـــ ٦٥٨ .

أو يقــدم فــلان من الســفر ، فان حــدث ما علق عليه عزل الوصى : انتهت الوصــاية ، والا لم تنتــه [١] .

٢ ــ عزل الأمــير كمــا أجــاز المذهب تعليق عــزل الأمير على الشــرط ، فلــو عقــد الامــام الولاية لشخص على الجيش الى أن يصــــل بالجيش الى بلــدة كذا ، أو الى أن يجىء فــلان من الســـفر أو مــا بقى فــلان فى عســـكر المبغى عليهم فانــه يبقى قــائدا وأميرا ما لــم يتحقق الشــرط ، فاذا تحقق ما علق عليه زوال ولايته كأن وصل الى البلــدة أو قــدم فــلان من الســـفر أو لم يبق فــلان فى عســكر المبغى عليهم زالت ولايتــه بلا حــاجة الى اصــــدار أمــر بنزعــه منهــا [٢] .

(هـ) الاسقاطات : ومنهــا :

١ ــ الطــلاق : يصــح عنــد الاباضــية تعــليق الطـــلاق على الشرط ، فلــو قــال لزوجتــه : ان كلمت فلانا فأنت طــالق صــح وتطــلق عنــد تحقق الشــرط [٣] .

٢ ــ العتق : كمــا يجـــوز فى المذهب تعليق العتق على الشرط فاذا قــال لعبــده : ان دخلت الدار أو ان شــــاء فلان أو قــدم فلان أو حـــدث كذا جـــاز ، فاذا تحقق الشــرط أصــبح عبــده حــرا ، واذا لــم يتحقق ظــل رقيقــا [٤] .

---

(١) شرح النيل ج ٦ ص ٤٧٠ .
(٢) شرح النيل ج ٧ ص ٣٧٣ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٦١٢ ــ ٤٦٢ .
(٤) شرح النيل ج ٦ ص ٣٤٢ .

حكم تقييد التصرفات بالشروط

مذهب الحنفية :

يقســم المذهب الشــروط التى تقتــرن تقييــد التصرفــات ثلاثة أقســام : شروطا صحيحة ، وأخــرى فاســدة ، وثالثــة باطلة وقــد لا تفســد ، ونوضح ذلك فيمــا يلى .

القســم الأول : الشــروط الصــحيحة وهى :

١ ــ اشــــتراط صــفة قــائمة بمحــل التصرف وقت صــدوره .

ومن أمثلتهــا فى عقــد البيــع ما جــاء فى بدائع الصــنائع « لو اشـــترى جاريــة على أنهـــا بكر أو طبــاخة أو خبـــازة ، أو غلامــا على أنــه كاتب أو خيـــاط ، أو بــاع عبــدا بألف درهم ،على أنها صحاح، أو على أنهــا من جيــاد نقــد بيت المــال فالبيع جــائز ، لأن المشروط صــفة للمبيع أو الثمن ، صــفة محضــة لا يتصور انقلابهــا أصــلا ، وليس لهــا حصــة من الثمن ، ولو كان موجــودا عنــد العقـــد يدخــل فيــه من غير تســمية وهى مرغوب فيهــا لا على وجــه التلهى والمشروط اذا كان هــذا سبيله كان من مقتضــيات العقــد ، واشتراط مــا يقتضيه العقــد لا يوجب فساد العقد [٥] .

---

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ص ١٧٢ .

٢ ــ اشتراط ما يقتضيه العقد : الشـرط الذى يقتضـيه العقـد ، هو أن يشترط أحد المتعـاقدين أمرا يثبت بمطلق العقد ، كمـا لو شرط فى البيـع ملك المبيع للمشـترى وملك الثمن للبائع ، أو شرط تسـليم الثمـن أو المبيـع •

ومثله ما لو شـرط فى النـكاح تسـليم المهـر •

أو شرط فى الاجـارة أن يسـقى الأرض المسـتأجرة ويزرعهـا •

أو شـرط فى المزارعة السـقى والحفظ على العامل •

فان هـذه الشـروط تقتضيهـا هـذه العقـود ، فاشـتراطها تأكيد لموجب العقد، ولا يقـال : نهى النبى عليـه الصـلاة والسـلام عن بيـع وشرط وهـو باطلاقـه يقتضى عـدم جوازه [١] ، لأنـه فى الحقيقـة ليس بشـرط حيث أفـاد ما أفاده العقـد المطلق •

٣ ــ اشـتراط ما يلائم مقتضى العقد : الشرط الذى لا يقتضيه العقـد ولكنـه يلائم مقتضى العقـد ، لا يفسـد العقـد أيضـا، لأن هـذا الشرط مقرر لحـكم العقـد من حيث المعنى مؤكد ايـاه فيلحق بالشرط الذى هـو من مقتضـيات العقـد ، فـاذا بـاع على أن يعطيـه المشـترى بالثمن رهنـا أو كفيـلا والرهـن معلوم والكفيل حاضر فقبل، جـاز ذلك ، استحسانا •

(١) فتح القدير وبهامشه العناية حـ ٥ ص ٢١٤ ، ٢١٥ •

والقيـاس يأبى الجـواز ، لأن الشرط الذى يخـالف مقتضى العقـد مفسـد فى الأصـل ، وشرط الرهـن والكفالة ممـا يخـالف مقتضى العقد ، فكان مفسدا •

الا أنـه جـائز استحسانا ، لأن هـذا الشرط لـو كان مخالفـا مقتضى العقـد صـورة ، فهـو مـوافق لـه معنـى ، لأن الرهـن بالثمـن شرع توثيقـا للثمن •

وكذا الكفالة فان حق البـائع فى الثـمن يتأكد بالرهـن والكفالة ، فـكان كل واحـد منهمـا مقـررا لمقتضى العقـد معنـى ، فأشـبه اشـتراط صـفة الجـودة للثمن ، واشـتراط ذلك لا يوجب فسـاد العقـد ، فكذا هـذا [٢] •

٤ ــ اشتراط ما ورد الشـرع بجـواز اشـتراطه : اذا اشـترط المتصرف أمـرا لا يقتضـيه العقد ولا يلائم مقتضـاه فانـه يكون صحيحا اذا ورد بـه الشرع •

ومن أمثلة هـذا النـوع اشتراط الأجل فى الثمن فان القيـاس يأبى جـواز التـأجيل أصـلا ، لأن اشـتراطه يـؤدى الى تغيـير مقتضى عقـد البيـع ، لأن عقـد البيـع يقتضى تمليك المبيـع فى مقـابل تمليك الثمن وتسـليم الثمن فى مقـابل تسـليم المبيع ، والتأجيل ينفى وجـوب التسـليم فى الحال، فكان مغيرا مقتضى العقـد ، فيكون مفسـدا للعقـد ، وهـذا ما يقضى به القياس •

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ ص ١٧١

الا أن الشارع أباح التأجيل نظرا لصاحب الأجل ، لضرورة العدم ترفيها له وتمكينا له من اكتساب الثمن فى مدة الأجل بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه(١) » •

ومن أمثلته أيضا شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ، فان هذا الشرط ليس بمفسد للعقد استحسانا ، لما روى أن حبان بن منقذ كان يغبن فى التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له : « اذا ابتعت فقل لا خلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام ، ولأن الحاجة ماسة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم، وسواء كان الشرط للعاقد ، أو لغيره ، بأن شرط الخيار لثالث عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد •

وقال زفر لا يجوز شرط الخيار لغير العاقدين (٢) •

٥ ــ اشتراط ما جرى به التعامل : اذا اشترط المتصرف أمرا لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز ، كما اذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع ، أو جرابا على أن يخرزه له خفا ، أو ينعل خفه •

والقياس ألا يجوز وهو قول زفر •

(١) الآية رقم ٢٨٢ سورة البقرة ويراجع بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص١٧٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ .

وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنه مفسد ، كما اذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيط البائع له قميصا ونحو ذلك •

ووجه الجواز أن الناس تعاملوا هذا الشرط فى البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط فى الاستصناع (٣) • وكاشتراط البراءة عن العيوب بمعنى براءة البائع من العيوب التى تستوجب الرد بخيار العيب على الوجه التالى ، فانه يجوز البيع، بشرط البراءة عن كل عيب سواء سمى العيوب وعددها أولا ، علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشترى أو لم يقف أشار اليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى رواية •

وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول زفر •

وقال زفر اذا كان العيب مجهولا صح البيع وفسد الشرط •

وجه الجواز أن الابراء اسقاط لا تمليك والاسقاط لا تبطله الجهالة (٤) •

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٢ .

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ١٨٢ طبعة مصطفى محمد .

ومنـه أيضـا بيع الثمـر على الشـجر بعـد ظهـوره بشرط التـرك أو القطـع ، فاذا بيـع الثمـر على الشـجر بعـد ظهوره أو بيـع الـزرع فى الأرض ، بشرط التـرك ، فلا يخلو اما أن يكون غير باد صـلاحه بعد أن صـار منتفعـا به بوجه من الوجـوه ، أو يكون قـد بـدا صـلاحه بأن صـار منتفعـا بـه ، وكل ذلك لا يخلو امـا أن يكون بشـرط القطـع ، أو مطلقـا ، أو بشـرط التـرك حتى يبلغ •

فان كان لـم يبـد صـلاحه فبـاع بشرط القطـع جـاز ، وعلى المشـترى أن يقطـع للحـال ، وليس لـه أن يتـرك من غير اذن البـائع •

ومن مشـايخ المذهب من قال : لايجـوز بيعـه قبـل بدو صـلاحه •

وهـو خـلاف ظـاهر الروايـة •

ولـو بـاع مطلقـا عن الشرط ، جـاز أيضـا ، وعليه قطعـه ، لأن التـرك ليس بمشروط نصـا ••

وان اشـترى بشـرط التـرك فالعقـد فاسـد لأنه شـرط لا يقتضـيه العقـد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد، ولا جـرى به التعـارف بين النـاس ، ومثل هـذا الشرط مفسـد للبيـع ، ولأنـه لا يتمكن من التـرك الا باعـارة الشـجرة والأرض وهمـا ملك البـائع ، فصـار بشرط التـرك شـارطا الاعـارة ، فكان شـرطه صـفقة فى صفقة وهو منهى عنه هذا اذا لـم يبد صـلاحه ، وكذا يصـح اذا بـدا صلاحه فبـاع بشـرط القطـع أو مطلقـا •

فأمـا اذا بـاع بشـرط الترك فان لـم يتنـاه عظمـه فالبيـع فاسـد •

وكـذا اذا تنـاهى عظمـه فالبيع فاسـد عنـد أبى حنيفـة وأبى يوسف •

وقـال محمد : يجـوز استحسانا لتعـارف النـاس وتعـاملهم ذلك ولهمـا أن شـرط التـرك فيه منفعـة للمشـترى ولا يقتضـيه العقـد وليس بمـلائم للعقـد أيضا ، ومثل هذا الشـرط يكون مفسـدا ، كمـا اذا اشـترى حنطـة على أن يتركهـا فى دار البائع شهرا [1] ولو اشـترى ثمـرة بـدا صـلاح بعضـها دون بعض بـأن أدرك البعض دون البعض — بشـرط الترك فالبيـع فاسـد على أصـلهما ، لأنـه لـو كان أدرك الـكل فاشـتراها بشـرط الترك ، فالبيـع فاسـد عندهما فبادراك البعض أولى •

وأمـا على أصـل محمد ، وهـو اختيـار العـادة ، فان كان البـاقى متقـاربا جـاز ، لأن العـادة فى الثمـار الا يدرك الكل دفعـة واحـدة ، بل يتقـدم البعض على البعض ، ويلحق بعضـها بعضـا فصـار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ، ولو كان كذلك لصـح الشراء عنـده بشـرط الترك كذا هـذا ، وان كـان يتـأخر ادراك البعض عـن البعض تأخـيرا فاحشـا كالعنب ونحـوه — يجـوز البيـع

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ •

فيمـا أدرك و لايجـوز فيمـا لا يدرك ، لأنه عنـد التـأخر الفاحش يلتحقـان بجنسـين مختلفين[١] •

القسـم الثـانى : الشـروط الفاسـدة : ويندرج تحت هـذا النوع الشروط الآتيـة :

١ ـ اشتراط ما يؤدى الى غرر غير يسير: اذا اشـترط المتصرف أمـرا فى المعقـود عليه لا يمكن الوقـوف على حقيقته عنـد التعـاقد كان الشـرط فاسدا ، والبيع اذا اقتـرن بهذا الشرط كان فاسدا وذلك كما لو اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن الحمـل لا يمكن الوقوف عليه للحـال ، لأن عظم البطـن والتحـرك يحتمـل أن يكون لعـارض داء أو غيره فكان فى وجوده غـرر فيوجب فسـاد البيع ، لمـا روى عن رسـول الله صـلى الله عليه وسـلم أنه نهى عن بيـع وغرر ، والمنهى عنه فاسد •

وروى الحسـن عن أبى حنيفـة رضى الله عنهمـا أن البيـع بهـذا الشـرط جـائز لأن كونهـا حاملا بمنزله كون العبد كاتبـا أو خياطـا ونحو ذلك وذا جـائز • فكذا هـذا •

وكذا لـو اشـترى ناقة وهى حـامل على أنهـا تضـع حملها الى شهر أو شـهرين ، لأن فى وجـود هـذا الشـرط غـررا • أو اشـترى بقـرة على أنهـا تحلب كذا وكذا رطلا[٢] •

٢ ـ اشتراط أمر محظور : ولـو اشترى قمرية على أنهـا تصـوت أو طيرا على أنـه يجىء من مكان بعيـد ، أو كبشـا على أنـه نطـاح ، أو ديـكا على أنه مقاتل ، فالبيـع فاسـد عند أبى حنيفة •

وهـو احـدى الروايتين عن محمد •

لأنه شـرط فيه غـرر ، والوقـوف عليـه غير ممكن لأن الحيوان لا يمكن جبره على مـا شرط فصـار كشرط الحبـل ، ولأن هـذه صـفات يتلهى بهـا عـادة والتلهـى محظور فكان هـذا شرطـا محظورا ، فيوجب فساد البيـع •

وروى عن محمـد أنـه اذا بـاع قمريـة على أنها تصـوت فاذا صوتت جـاز البيع ، لأنهـا لمـا صـوتت علـم أنهـا مصـوتة فلم يتحقق غـرر العـدم •

ولو اشـترى جـارية على أنهـا مغنية على سـبيل الرغبـة فيهـا فالبيع فاسـد ، لأن التغنية صـفة محظورة لكونهـا لهوا فشرطها فى البيع يوجب فسـاده •

ولـو اشـتراها على أنهـا مغنيـة على وجه اظهار العيب جاز البيـع لأن هـذا بيع بشـرط البراءة عن هـذا العيب فصـار كمـا لو باعهـا بشـرط البراءة عـن عيب آخـر فان وجدهـا لا تغنى لا خيـار له لأن الغناء فى الجـوارى عيب فصـار كمـا لو اشـترى على أنه معيب فوجـده سليما[٣] •

٣ ـ اشتراط أمر لا يقتضـيه العقد وفيه منفعـة لأحـد المتعاقدين ، أو للمعقـود عليه

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.
(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٩ .

ان كان آدميـا ، وليس بملائم لمقتضى العقد ولا مما جـرى به التعـامل بين الناس ، ولا ورد الشـرع بجوازه •

والعقـود عند اقترانهـا بهذا الشـرط نوعـان •

عقـود تفسـد عند اقترانها به •

وعقـود تصـح ويسقط الشرط •

العقـود التى يفسـدها هـذا الشـرط •

١ ـ البيع : اذا اقترن البيع بهـذا الشرط فسـد كمـا لو بـاع دارا على أن يسـكنها البائع شـهرا ثم يسـلمها اليه أو أرضـا على ان يزرعهـا سـنة أو دابة على أن يركبها شـهرا أو ثوبـا على أن يلبسـه أسـبوعا، أو على أن يقرضـه المشـترى قرضـا ، أو على أن يهب لـه هبة أو يـزوج ابنته منـه، أو يبيع منـه كذا ونحـو ذلك أو اشـترى ثوبـا على أن يخيطـه البـائع قميصـا أو حنطـة على أن يطحنهـا أو شـيئا له حمـل ومؤنة على أن يحمله البائع الى منزله ونحـو ذلك فالبيـع فى هذا كله فاسـد ، لأن زيادة منفعـة مشروطة فى البيـع تكون ربـا ، لأنهـا زيـادة لا يقابلها عـوض فى عقـد البيـع وهو تفسـير الربـا والبيع الذى فيه الربا فاسد أو فيـه شبهة الربا مفسدة كحقيقة الربـا ، وكذا لو بـاع جارية على أن يدبرهـا المشـترى أو على أن يسـتولدها فالبيع فاسد لأنـه شـرط فيه منفعـة للمبيع وأنـه مفسـد ، وكـذا لو باعهـا بشرط أن يعتقهـا فالبيـع فاسـد فى ظـاهر الروايـة لنهيـه عليـه الصـلاة والسـلام عن بيـع وشرط [1] •

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن اشـتراط العتق جائز فى البيع لحـديث بريرة رضى الله عنهـا ، فقـد جـاءت الى السـيدة عائشـة رضى الله عنها تستعينها فى كتابتهـا قالت : ان شـئت عددتهـا لأهلك وأعتقك فرضيت بذلك فاشـترتها وأعتقتهـا ، وانمـا اشـترتها بشرط العتق وقد أجـاز ذلك رسـول الله صلى الله عليه وسلم لها ولأن الشـراء بشرط العتـق متعـارف بين الناس لأن بيع العبـد نسمة متعـارف فى الوصـايا وغيرهـا [2] •

٢ ـ القسـمة : لمـا كانت القسـمة فيها معنى المبـادلة كانت كالبيع تبطـل بالشروط الفاسـدة •

فـاذا اقتسـم الشريكان ما يملـكانه على أن لأحـدهما الصـامت (العقار) وللآخـر العـروض ، أو على أن يشـترى أحدهمـا من الآخـر داره بألف ، أو على شرط هبـة أو صـدقة [3] ••• تفسـد القسـمة •

أمـا لو اقتسـما على ان يزيده شـيئا معلوما فهـو جـائز كالبيـع وكـذا علـى ان يـرد أحدهمـا على الآخـر دراهم مسماة، لأنه شـرط صـحيح •

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٩ ـ ١٧٠ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٤ .
(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١٥ .
(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٤٦ .

٣ — الاجارة : وتفسد الاجارة أيضا بالشروط الفاسدة كما لو آجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما أنفقه من الأجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه(١) .

٤ — المزارعة والمساقاة : يفسد هذان العقدان أيضا بالشروط الفاسدة لأنهما اجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد .. كما لو قال زارعتك أرضى أو ساقيتك كرمى على ان تقرضنى ألفا ، وكذلك تفسد المزارعة اذا اشترط فيها أن تكون مؤنة العامل على رب الأرض سواء كانت من الدراهم أو الطعام (٢) .

٥ — الأجازة : والمراد بها اجازة عقد هو مبادلة مال بمال ، فاذا باع فضولى عبد شخص ، فقال : هذا الشخص أجزته بشرط أن تقرضنى او تهدى الى كذا فسدت الأجازة (٣) . لانها بيع معنى .

٦ — الصلح عن مال بمال : أو عن مال بمنفعة وكذلك يفسد هذا الصلح اذا اقترن بشرط فاسد ، كما لو قال : صالحتك على أن تسكننى فى الدار سنة لأنه معارضة مال بمنفعة فيكون اجارة (٤) .

٧ — الابراء عن الدين : يفسد الابراء عن الدين اذا اقترن بشرط فاسد ، لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات كما لو قال : أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهرا ، أو قال ابرأت ذمتك بشرط ان لى الخيار فى رد الابراء وتصحيحه فى أى وقت شئت فالابراء باطل (٥) .

٨ — التصرفات التى لا تفسد بالشروط الفاسدة بل تصح وتبطل الشروط .

كل تصرف لا يكون الغرض منه مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد وانما يسقط الشرط ويصح التصرف وذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا ، والربا انما يكون فى المعاوضات المالية لا غير ، لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض،وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ، ولا يتصور ذلك فى المعاوضات غير المالية ولا فى التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف (٦) .

---

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٧ .
(٢) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥١ — ٣٥٢ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٧ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٨ وفتح القدير ج ٧ص ٢٧ — ٢٩ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٩ .
(٦) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٤٥ .

ومن هذه التصرفات : —

١ — النكاح : لا يبطل عقـد النـكاح اذا اقترن بشرط فاسد ، فاذا تزوج امرأة على ألف على ألا يخرجهـا من البلدة ، أو على الا يتزوج عليهـا اخـرى ، او لا يتسرى عليهـا ، أو على أن يطلق ضرتهـا فالنـكاح صـحيح ، والشرط فاسـد ، لأن فيه المنـع عن الأمـر المشروع ، فان وفى بالشرط فلهـــا المهـــر المسمى ، لأنه سمى لهـا ما صلح مهـرا وقد تم رضـاها به وان لـم يوف به فلهــــا مهـر مثلهـا اذا كان مهـر مثلهـا أكثر من المســمى ، لأنه سـمى مالها فيه نفع ، فعنـد فواته ينعـدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها، كمـا فى تسـمية الكرامة ، بأن شرط لهـــا مع الألف أن يكرمهـا ، ولا يكلفهـا الأعمـال الشـاقة وما تتعب به وكمـا لو سـمى الهدية مع الألف بأن يرسـل اليها مع الألف الثيـاب الفــاخرة . فان كان مهـر مثلهـا قـــدر المسمى أو أقل لا تستحق شـيئا آخـر [(١)] .

واذا زوج الرجـل بنتـه على أن يزوجـه الآخـــر بنتـه أو أختـــه ليكون احـــد العقـدين عوضـا عن الآخـر — أى صداقا فيـه — فالعقدان جائزان ، ولكل منهمـا مهر المثل ، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار (أنظر مصطلح شغار) وذلك لأن كلا منهما سمى مالا يصـلح صداقا وكل ماكان كذلك صح العقـد فيه ، وبطل الشرط ، ووجب مهـر المثل ، كما اذا سـمى الخمر والخنزير وذلك لأن النـكاح لا تبطله الشروط الفاسـدة [(٢)] .

واذا تـزوج امرأة ، واشـترط ألا مهـر لهـا أو تزوجها على ألف على أن تـرد اليـه ألفا ، صـح النـكاح وبطل الشرط ، ولهـا مهر مثلهـا ان دخـل بهـا أو مـات عنهـا ، ولو طلقهـا قبـل الدخـول بهـا فلهـا المتعة (انظر مصطلح متعة [(٣)]) واذا قال تزوجتك على أنى بالخيـار يجوز النكاح ، ولا يصـح الخيـــار ، لأنــه ما علق النـكاح بالشرط بل عقـد النكاح وشرط الخيـار [(٤)] .

٣ — الخلـع : لا يبطـل الخلـع بالشروط الفاسدة ، فـاذا قال : خالعتـك على أن لى الخيـار مدة يراهـا ، بطل الشرط ، ووقـع الطـلاق ، ووجب المـــال ، وأمـا اشتراط الخيار لهـا فصحيح عند الامام [(٥)] .

٤ — القــرض : لا يبطـل القــرض بالشروط الفاسدة فلو قال : أقرضـتك هـــذه المائــة بشرط أن تخـدمنى سنة أو بشرط او توفينى فى العـراق فسـد الشــرط وصـح القـرض [(٦)] .

٥ — الهبـة والصـدقة : لا تبطل الهبـة وكذا الصـدقة بالشروط الفاسـدة ، فلو وهب

(١) فتح القـدير ج ٢ ص ٤٥٨ — ٤٥٩ والعناية هامش فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٨ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٩ — ٤٥٠ .
(٣) فتح القدير ٢ ص ٤٤٠ — ورد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .

جـارية لشـخص على ان يردهـا عليـه ، أو على أن يعتقهـا او ان يتخذهـا ام ولد، أو وهب دارا أو تصـدق عليه بـدار على ان يرد عليه شـيئا منهـا ، أو يعوضـه شـيئا منهـا ، فالهبـة جائزة والشـرط باطل ، لأن هـذه الشروط فاسـدة لمخالفتهـا مقتضى العقـد ، لأن مقتضـاه ثبوت الملك مطلقـا بلا توقيت فاذا شـرط الرد عليه أو الاعتاق أو غير ذلك فمقيد بهـا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسـدة .

وأصل ذلك مـا روى أن رسـول الله صلى الله عليـه وسلم أجـاز العمرى وأبطل شرط المعمـر فى رجوعها اليه بعـد موت المعمـر له وجعلهـا ميراثا لورثة المعمر له [١] .

٦ ــ الوقف : لا يبطل الوقف اذا اقتـرن بشرط فاسـد مالم يترتب على الشـرط نقض العقـد من أصله :

جـاء فى فتح القـدير ولا يبطـل الوقف بالشروط الفاسـدة ولهذا لـو وقف أرضـا على رجل على أن يقرضـه دراهم جـاز الوقف وبطل الشرط [٢] ..

كما جـاء فى العنـاية ولو شـرط الواقف أن يسـتبدل به أرضـا اخـرى تكون وقفـا مكانه ــ اذا شـاء ذلك جـاز عنـد أبى يوسـف كمـا هـو مذهبه فى التوسـع فى الوقف .

وعند محمد الوقف جـائز والشرط باطل ، لأن هـذا الشـرط لا يؤثـر فى المنـع من زواله ، والوقف يتم بذلك ولا ينعـدم بـه معنى التأيد فى أصـل الوقف فيتم الـوقف بشروطـه ويبقى الاسـتبدال شرطا فاسـدا فيكون باطلا فى نفسـه ، كالمسـجد اذا شـرط الاستبدال به ، أو شـرط أن يصـلى فيـه قـوم دون قـوم ، فالشرط بـاطل واتخاذ المسـجد صحيح فهـذا مثله[٣] .

ونقل ابن عابدين فى رد المحتـار على الـدر المختـار عن الاسـعاف أنه لـو وقف أرضه على ان له أصـلها أو على ألا يزول ملكـه عنهـا أو على أن يبيع اصـلها ويتصـدق بثمنها كان الوقف باطـلا ، ويمكن التـوفيق بينـه وبـين ما ذكـر قبـله بـأن الشرط الفاسـد لا يبطل عقـد التبرع اذا لـم يكن موجبـه نقض العقـد من أصـله فـان اشتراط أن تبقى رقبـة الأرض له أو ألا يزول ملـكه عنهـا ، أو أن يبيعهـا بلا اسـتبدال نقض للوقف[٤] .

٧ ــ الوصـية : اذا اقترنت الوصية بشرط فاسد صحت الوصية وبطل الشرط[٥] .

٨ ــ الوصـاية : وكذلك الوصاية لا تفسد بالشرط الفاسد ، فاذا قـال الموصى لشـخص

---

(١) العناية هامش فتح القدير ج ٧ ص ١٤١
(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٦٠ .

(٣) العناية هامش فتح القدير ج ٥ ص ٥٨ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٢ ــ ٣٥٣ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ ــ ٣٣٥ .

جعلتك وصيا بشـرط أن تتـزوج ابنتى كانت الوصـية صحيحة وبطل الشرط (١) .

٩ ــ القضاء والامارة : لا يبطل القضـاء والامارة بالشـرط الفاسد ، كمـا لـو قـال الامـام لشخص : وليتك بلدة كذا مؤبدا ، لأن قوله مؤبـدا شرط فاسـد ، لأن التوليـة لا تقتضى التأبيـد ، لأنـه ينعزل بعـارض جنون أو عزل أو نحـوه ، ومثله وليتك على الا تعـزل أبدا ، أو على ألا تركب ، كما مثل به فى البحر ــ وقـال : فهـذا الشـرط فاسـد ولا تبطل امرته بهـذا (٢) .

١٠ ــ الوكالة : لا تبطـل الـوكالة بالشرط الفاسـد أى شرط كان ، فلو قال : وكلتك على أن تبرئنى ممـا لك على ، بطل الشرط وصحت الوكـالة (٣) .

١١ ــ المضـاربة (انظر مصطلح مضاربة) لا تبطل المضـاربة بالشروط الفاسـدة ، ما لم يؤد الشرط الى اختـلال مقصـود العقـد ، فاذا اشـترط الوضيعة على رب المال أو عليهما دون اقتطاعها من الربح ، صحـت المضاربة ، وبطـل الشـــرط ، لأنـه لـم يـوجب الجهـالة فى الربح ، والجهـالة فيه تؤدى الى فسـاد العقـد والوضيعة اسـم لجزء هالك من المال ولا يجـوز أن يلزم غير رب المـال(٤) ، وكـذا لـو شرط نفقـة السـفر على المضـارب بطل الشـرط وجـازت المضـاربة لمخـالفة الشـرط لمقتضى العقـد (بزازية) .

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٥ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٦ .
(٤) العناية هامش فتح القدير ج ٧ ص ٦٢

وفيهـا : ولو شـرط من الربـح عشرة دراهم فسـدت ، لأنـه شرط يـؤدى الى قطع الشـركة ولو دفـع اليـه ألفـا على أن يدفع رب المـال للمضـارب أرضـا يزرعهـا سـنة ، أو دارا للسـكنى بطل الشـرط وجـازت ، ولـو شـرط ذلك على المضـارب لرب المـال فسـدت لأنـه جعل نصـف الربح عوضا عن عمله وأجـرة الدار (٥) .

١٢ ــ الشـركة : (انظر مصطلح شركة) جـاء فى البزازية : الشـركة تبطـل ببعض الشروط الفاسـدة دون بعض ، حتـى لـو شرط التفاضـل فى الوضـيعة لا تبطل وتبطل باشـتراط عشرة لأحدهمـا .

وفيهـا : لو شرط صـاحب الألف العمـل على صـاحب الألفين والربح نصـفين ، لـم يجـز الشرط ، والربح بينهمـا أثلاثا .

أمـا لو لم يشرط العمل على أفضلهما مـالا بل تبرع بـه ، فأجـاب فى البحـر بأن شرط الربح صـحيح لأن التبـرع ليس من قبيـل الشرط (٦) .

١٣ ، ١٤ ــ الكفالة : والحوالة : لا يبطـل هـذان العقـدان بالشرط الفاسـد ، فلو قال: كفلت غريمك على ان تقرضنى كـذا ، أو أحلتك على فـلان بشـرط ألا ترجـع على عنـد التـوى ، تصـح ويبطل الشـرط .. الا اذا شرط المحال على المحـال عليـه أن يعطيـه المـال المحـال به من ثمـن دار المحيـل ،

(٥) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٥
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٥ .

فانهـا تفسـد لعـدم قدرته على الوفـاء بالملتزم .

قال فى البزازية : بخـلاف مـا اذا التـزم المحتـال عليـه الاعطـاء من ثمن دار نفسه، لأنـه قـادر علـى بيـع دار نفسـه لكنه لا يجبر على ذلك كمـا اذا كـان قبولها بشـرط الاعطـاء عنـد الحصاد لا يجبر على الأداء قبـل الأجـل (١) .

١٥ ــ الرهن : لا يبطـل الـرهن بالشرط الفاسـد ، فلو قال رهنتـك عبـدى بشـرط أن استخدمه ، أو على أن الرهن ان ضاع ضاع بلا شىء ، أو ان لم أوف متاعك لك ، الى كـذا فالرهـن لك بمالك ، بطـل الشرط ، وصـح الرهـن (٢) .

١٦ ــ الاقالة : لا تبطـل الاقـالة بالشرط الفاسـد ، فلو تقايلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول ، أو أقل ، صحت ولغـا الشـرط لأنهـا لا تفسـد بالشرط الفاسـد (٣) .

١٧ ــ الطلاق : لا يبطل الطلاق اذا اقترن بشـرط فاسـد ، فلو قـال : طلقتك على ألا تتزوجـى غيرى ، بطـل الشـرط ووقـع الطـلاق (٤) .

١٨ ــ العتق : لا يبطـل العتـق بالشرط الفاسـد ، فلو قال أعتقتك على أنى بالخيـار صـح العتق وبطل الشـرط ولو أعتـق أمة على ألا تتزوج ، عتقت وبطـل الشرط(٥) .

١٩ ــ الكتـابة : لا تبطل الكتابة بالشروط الفاسـدة الا اذا أخـلت بمقصـود العقـد بأن تمـكن الشرط فى صـلب العقـد وكان داخـلا فى أحـد البدلين .

جـاء فى العناية « فان شرط عليـه ألا يخرج من الكوفة فله أن يخـرج استحسانـا ، لأن هـذا الشـرط مخالف لمقتضى عقـد الكتابة ، لأن مقتضـاه مالكية اليـد على جهـة الاسـتبداد وثبوت الاختصـاص بنفسـه ومنافعـه لحصـول ما هـو المقصود بالعقد، وذلك قد يكـون بالضرب فى الأرض والتقييـد بمكان ينافيـه ، والشـرط المخـالف لمقتضى العقـد باطل ، فهـذا الشـرط باطل ، وصـح العقد ، لأن الشـرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقـد ، وهـو أن يدخل فى أحـد البدلين ، كما اذا قال ، كاتبتك علـى أن تخـدمنى مدة أو زمانـا ، والشرط المتقدم ليس كذلك ، لأنـه لا شرط فى بدل الكتابة ولا فيمـا يقابله فلا تفسـد به الـكتابة (٦) ، وهـذا التفصيل راجـع الى أن الكتابة تشبه البيـع من حيث المعـاوضة ، وعـدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسـخ قبـل الأداء ، وتشبه النكاح من حيث انهـا معـاوضة مال بغـير مـال ، فعملنـا بالشـبهين فقلنـا ببطـلان الشـرط وصـحة العقـد اذا لـم

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٦ .

(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .

(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .

(٥) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .

(٦) العناية هامش فتح القـدير ج ٧ ص ٢٤٣ ــ ٢٤٤ .

يتمـكن فى صـلب العقـد أى لم يكن داخلا فى أحـد البدلين عمـلا بشـبه النـكاح ، وببطـلان العقـد ، اذا تمكن فى صـلبه عملا بشـبه البيـع .

٢٠ ـ الاذن للعبـد فى التجـارة (انظـر مصطلح اذن) وهذا التصرف لا يفسده الشرط الفاسـد أيضا ، فلو قـال لعبده أذنت لك فى التجـارة على أن تتجـر الى شـهر أو على أن تتجـر فى كـذا فان الاذن يكون عامـا فى التجارات والأوقات ، ويبطـل الشرط [1] .

٢١ ـ الصلح عن دم العمد وعن الجراحة التى فيهـا القصاص وكذا الابـراء عنـه (انظر مصطلح صلح) هـذه التصرفـات لا تفسـد بالشرط أيضـا .

فاذا صـالح ولى المقتـول عمدا القاتل على شىء بشرط أن يقرضـه أو يهـدى اليه شيئا، فالصـلح صحيح والشرط فاسـد ، ويسـقط الدم ، لأنه من الاسـقاطات فـلا يحتمـل الشـرط ...

وكذلك الابراء عن الدم فان الولى اذا قـال للقاتل عمـدا أبرأت ذمتـك على ألا تقيم فى هـذا البـلد مثـلا ـ أو صـالح معـه عليه ، صح الابراء والصـلح ولا يعتبر الشرط .

أمـا الصـلح عن دم الخطـأ أو عـن الجـراحة التى فيهـا الأرش ، فانـه من القسـم الذى يفسـد بـالشرط الفاسـد ، لأن موجب ذلك المـال ، فكان مبادلة مال بمال، وليس اسـقاطا [2] .

(٢٢) عقد الذمة : اذا فتح الامام بلدة وأقر أهلها على املاكهم وشرطوا معه فى عقـد الذمة ألا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كمـا هـو المشروع ، فالعقـد صـحيح والشرط باطـل [3] .

(٢٣) عزل القاضى : اذا قال الامام للقاضى عزلتك على أن أوليك فى بلدة كذا ، انعزل وبطل الشرط ، لأنه ليس معاوضة مالية [4] .

(٢٤) دعوة الولد : اذا ادعى شخص نسب ولد وقيـد دعواه بشرط فاسد ، بطل الشرط وثبت نسبه منه ، كمـا اذا ادعاه بشرط رضا زوجته .

وقد صور ذلك أيضا فى ايضاح الكرمانى ـ كما نقله ابن عابدين ـ بأن ادعى نسب أحد التوأمين بشرط ألا تكون نسبة الآخر منـه ، أو ادعى نسب ولد بشرط ألا يرث منه يثبت نسب كل واحـد من التوأمين ويرث ويبطل الشرط ، لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر لمـا عرف ، وشرط الا يرث شرط فاسد ، لمخالفته الشرع والنسب لا يفسـد به [5] .

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٨ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ص ٣٥٨ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٢٥) الاقرار : جاء فى الدر أن الاقرار مما يبطل بالشرط الفاسد .

ولكن علق على ذلك ابن عابدين فى حاشيته بقوله نعم فى كون الاقرار مما يبطل بالشرط الفاسد نظر ، لأنه ليس من المعاوضات المالية ولم أر من صرح ببطلانه به [1] .

٢ـ شروط باطلة لا تبطل التصرفات جميعها : وضابط هذا النوع من الشروط كل شرط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضاه ، ولم يرد شرع ولا عرف بجوازه ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق اذا اقترن بالعقد ، كان العقد صحيحا والشرط باطلا .

ومن أمثلته ما جاء فى بدائع الصنائع : اذا باع ثوبا على الا يبيعه المشترى أو لا يهبه أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها أو طعاما على أن يأكله ولا يبيعه ـ ذكر فى المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين فى المزارعة على الآخر ألا يبيع نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل .

وهكذا روى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله .

وفى الاملاء عن أبى يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد .

ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسدا ، كما فى سائر الشروط المفسدة .

والصحيح ما ذكر فى المزارعة ، لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد ، وهذا لأن فساد البيع فى مثل هذه الشروط لتضمنها الربا ، وذلك بزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض ، ولم يوجد فى هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، الا أنه شرط فاسد فى نفسه ، لكنه لا يؤثر فى العقد فالعقد جائز والشرط باطل [2] .

شرط فيه مضرة :

جاء فى البدائع : ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشترى ، أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لأن شرط المضرة لا يؤثر فى البيع [3] .

ولو باع جاريته على ألا يطأها المشترى فالبيع فاسد ، والشرط باطل عند أبى يوسف .

وعند محمد البيع جائز والشرط باطل .

ولو باع بشرط أن يطأها جاز البيع والشرط فى قولهم جميعا .

وروى عن أبى حنيفة أن البيع فاسد فى الموضعين جميعا .

وجه قول محمد : أن هذا شرط لا منفعة

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٢ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٧٠ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٠ .

فيــه لأحد فلا يؤثر فى فساد البيع كما لو باع ما سوى الرقيق على ألا يبيع أو لا يهب الا أنه نوع مضرة للمشترى فكان باطلا والبيع صحيحا ٠

وجــه قول أبى يوســف أن هــذا شرط يخالف مقتضى العقــد ، لأن حــل الوطء أمر يقتضــيه العقــد ، وهــذا الشرط ينفيــه بخــلاف ما اذا بــاع بشرط أن يطــأها لأن ذلك شرط يقــرر مقتضى العقــد ، لأن اباحة الوطء ممــا يقتضــيه العقــد ٠

ولأبى حنيفة رحمه الله على ما روى عنــه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقــد أيضا ، بل ينفيه ، لأن البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما مما لا يقتضــيه العقد بل ينفيــه[١] ٠

مذهب المالــكية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة وهى :

١ ــ اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد يجوز أن يشترط المشترى وصفا فى المبيع له فيه غرض ، فان لم يوجد هذا الشرط كان له الحق فى رده (خيــار النقيصة ، أى العيب) ٠

جاء ما معناه فى الشرح الكبير وجاز للمشترى رد المبيع بسبب عــدم وجود وصف مشروط اشترطه المبتاع ، وكان هذا الشرط له فيــه غرض ، سواء كان فيــه مالية كاشتراط كون

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٠ ــ ١٧١٠

الأمة طباخة فلا توجد كذلك أو لا مالية فيه ، كاشتراط كونها ثيبا ، لأنه قــد حلف ألا يطأ بكرا واشتراها للوطء فيجدها بكرا ٠

وان لم يشترطه المشترى بل حصــل الشرط بمناداة عليها حال البيع انها طباخة أو خياطة أو غير ذلك فترد عند عدم الشرط ٠

أما اذا انتفى الغرض ويلزم منــه انتفــاء المــالية كشراء عبد للخدمة ، فيشترط أنه غير كاتب فيوجد كاتبا ، أو أنه جاهل فيوجــد عالمــا فان الشرط يلغو ولا رد للمبيــع[٢] ٠

الا أنه اذا أدى الشرط الى غــرر فانه لا يجوز البيع ٠

جاء فى الشرح الكبير : لا يجــوز بيــع حامل ــ أمة أو غيرها من الحيوان ــ بشرط الحمــل ، ان قصد البائع باشتراط الحمــل استزادة الثمن ، بأن كان مثلها لو كانت غير حــامل تباع بأقل ممــا بيعت به ٠

فان قصد التبرى من عيب الحمل جاز فى الحمــل الظاهر كما يجــوز فى الحمل الخفى فى الوخش[٣] ، اذ قد يزيد ثمنها بهذا الشرط دون الرائعة ، فان لم يصرح بمــا قصــــد حمل على الاستزادة فى الوخش وفى غير الآدمى وعلــى التبرى فى الرائعة[٤] ٠

(٢) الشرح الــكبير ج ٣ ص ١٠٨ طبعــة مصطفى محمد ٠

(٣) الوخش رذال الناس وسقاطهم ٠

(٤) الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٩ ــ ٦٠ طبعة مصطفى محمد ٠

٢ ـ اشــتراط ما يقتضــيه العقــد اذا شرط فى العقد شرطا يقتضــيه العقد ، كان العقــد صــحيحا .

ومن أمثلته فى البيع : أن يشــترط تسليم المبيع للمشترى والقيام بالعيب ورد العوض عنــد انتقاض البيع فهذه الأمور لازمة دون شرط لاقتضــاء العقد لها فشرطها تأكيد(١) .

وفى النــكاح : أن يشــترط أن ينفق على الزوجة أو يكسوها أو يبيت عندها أو يقسم لهــا أو لا يؤثر عليها ، أولا يضربها فى نفقة أو كسوة ولا فى عشرة(٢) .

٣ ـ شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ومن أمثلته :

اشتراط رهن أو كفيــل : جاء فى الخرشى « يصح البيع مع اشتراط رهن أو كفيل أو أجل مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو الى أجل معلوم ، أو على خيار أو نحوه ، وليس فى ذلك فساد ولا كراهيــة ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ولا معارض له من جهة الشرع ، ولأنه لا يناقض مقتضى العقــد ولا يخل بالثمن(٣) .

وفى القــراض جــاء فى الخرشى : لو دفع المــال للعامل وطلب منه ضامنا يضمنه فيمــا يتلف بتعديه ، فينبغى جوازه كما نقله الزرقانى عن بعض شيوخه(٤) .

وفى القرض : ولو اشترط فى البيع أو القرض رهن معين فانه يلزم المشترى أو المقترض أن يدفعه له ، لأن المؤمن عنــد شرطه فان وقع البيــع أو القرض على شرط رهن غير معين ، فانه يلزم المشترى أو المقترض أن يأتى برهن فيه وفاء للدين وجرت العادة فى ذلك المحــل بارتهانه(٥) .

اشتراط منفعة معلومة فى المعقود عليــه : اذا اشترط البــائع لنفســه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع فانه يصح البيع والشرط ، كمــا لو باع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة وذلك استنادا الى حديث جابر ، فقد جاء فى الصحيح أن جابرا باع ناقة لرسول الله صلى عليه وسلم واشترط حلابها وظهرها للمدينة(٦) .

اشتراط عمل فى المعقود عليه أو فى غيره : جاء فى الشرح الصغير يجوز اجتماع اجــارة مع بيع صفقة واحدة ، سواء كانت الاجارة فى نفس المبيــع كشرائه ثوبا أو جلودا على أن يخيطه أو يخرزها البــائع بكذا أو فى غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له ثــوبا آخــر(٧) .

وفى المساقاة : يجــوز فى المساقاة اشتراط عصر الزيتون على أحدهما .

---

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٦٥ .
(٢) الالتزامات للحطاب ج ١ ص ٢٣٢ .
(٣) الخرشى ج ٢ ص ٤٣٨ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٢ .
(٥) الخرشى ج ٤ ص ١٦٠ .
(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٦٠ والشرح الكبير للدسوقى ج ٣ ص ٦٥ .
(٧) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٣٥ طبعــة المطبعة الأدبية بمصر .

فان لم يكن مشروطا على أحدهما كان عصره عليهما معا اذا كان العرف جاريا بقسمه بعــد عصره •

كما يجوز أن يشترط على العامل ما قل من الأعمال كاصلاح الحائط وكنس عين واصلاح ضفيرته (وهى الموضــع الذى يجتمع فيــه المــاء لسقى الحائط كالصهريج) وشد حظيرة الحائط (أى الزرب بأعلى الحائط لمنع التسور) وذلك لكونه يســيرا ولجريان العادة باشتراط ذلك عليه ، لأن ذلك لا يبقى فى الحائط • بعد انقضاء مدة المساقاة غالبا •• وكذلك يجــوز اشتراط عمــل ما قل على العامل[١] كالناطور ونحــوه[٢] •

اشتراط عتق العبد المبيع أو هبته أو وقفه : يجوز اشتراط تنجيز عتق العبد المبيع ، وان كان الشرط منافيا لمقتضى العقد ، نظرا لتشوف الشارع للحرية ، ومثل تنجيز العتق التحبيس والهبة والصدقة •

أما التدبير والكتــابة واتخــاذ الأمة أم ولد والعتق لأجل فانه لا يجوز ويفسد البيع[٣] •

القسم الثانى : الشروط الباطلة : وهــذه الشروط ثلاثة أنواع : شروط باطلة تبطــل التصرف : وأخرى باطلة تبطل التصرف الا اذا أسقط المشترط شرطه ، وثالثة تبطــل ويصح التصرف •

النوع الأول : شروط باطلة تبطل التصرف •

وهى : (أ) اشــتراط أمر محظور : اذا اقترن العقد بشرط محظور بطل العقــد ومن أمثلتــه :

١ ــ فى البيع : مــا اذا باع أمة رفيعــة واشــترط على المشــترى ألا يمنعها الدخول والخروج أو اشترط كونها مغنية ، أو باع دارا واشترط اتخاذها مجمعا لأهل الفساد ، فالشرط حرام والبيع به فاسد ، واذا فسد البيع بالشرط الحلال المؤثر فى الثمن جهلا ، فأحرى أن يفسد بالشرط الحرام المؤثر فى الثمن كالمثال الأول ، والثالث من هذا القسم[٤] فلا فرق فى الشرط الحرام بين كونه مؤثرا فى الثمن أولا •

٢ ــ فى القرض : وحرم اشتراط مــا يجر منفعة للمقرض فلا يجوز سلف شاة مسلوخة، ليأخذ كل يوم كذا وكذا ، ومثله من يدفع قدرا معينا من الدقيق لخباز فى قدر معين من الخبز على أن يأخذ منه كل يوم قدرا معينا • وكذا اذا أسلفه طعاما عفنا بشرط أن يأخذ منه طعاما سالما •• أو يسلفه دقيقا فى بلد بشرط أن يأخذ مثله فى بلد آخر ولو كان للحاج لمــا فيه من تخفيف مؤنة حمله •• لأنه سلف يجر منفعــة فلا يجــوز[٥] •

(ب) شرط يؤدى الى غرر ، ومن أمثلته •

---

(١) الناطور حافظ الكرم والنخل والمقاتة •
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٤٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٥٤٤ ــ ٥٤٥ •
(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٦ •

(٤) الاتقان والأحكام شرح تحفة الحكام لابن عاصم ج ١ ص ٢٨٠ ٢٨١ •
(٥) الخرشى ج ٤ ص ١٤١ •

١ ، ٢ : فى البيع والاجـارة : ما اذا باع شيئا (ومثله الاجارة) واشترط على المشترى أن يكون الثمن أن ينفق على البائع مدةحياته ، فان العقد يفسد للغرر ، لعدم علم مدة حياته ، ورجع المشترى على البائع بقيمة ما أنفق ان كان مقوما أو مثليا مجهول القدر ، كما اذا كان فى عيال المشترى أو مثله ان علم المثلى ، بأن دفع اليــه قدرا معلوما من طعــام أو دنانير أو دراهم .. ورد المبيع .

وكعسيب فحــل يستأجر على عقوق الأنثى حتى تحمل فانه يفسد العقد للجهالة ، لأنها قد لا تحمل .

وجاز زمان كيوم ويومين أو مرات كمرتين أو ثلاث بكذا فان حملت وعلامتها أعراضها عن الفحل — انفسخت الاجارة فيهما وعليه بحساب ما انتفــع[٢] .

٣ — فى الهبة : جاء فى الخرشى ومن وهب شخصا نخــلا واستثنى الواهب لنفسه ثمرتها سنين معلومة ، وشرط على الموهوب له السقى للنخل فى تلك السنين ، فهــذا لا يجوز ، لأنه مخاطرة وبيع معين يتأخر قبضه ، لأن سقيه للنخل خرج مخرج المعاوضة ، ولأنه كمن باع نخلا واستثنى ثمرتها أعواما معينة واشترط على المشترى سقيها فى تلك الأعوام فهــذا لا يجوز ، لأنه غرر ولانه لا يدرى ما يصير النخل اليه بعد تلك الأعوام ، فهو من باب أكل أموال الناس بالباطل[٣] .

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ١١٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٧ — ٥٨ .

(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ١١٣ .

٤ — فى السلم : اذا أسلم فى رطب حــائط (بستان) معين صغير ووقع العقد على معيار معين مثل : خــذ هذا الدينار سلما على قنطار من ثمر هذا الحائط ، واشترط عليه أن يبقى على أصوله حتى يصير تمرا ، فان العقد يكون فاسدا لبعد ما بين التمر والرطب فيدخله الخطر ولقلة أمن الجوائح فيه ، فان قبضه ولو قبــل تتمره — مضى ولا فرق بين كون الشرط صريحا أو التزاما كمــا لو شرط فى كيفية قبضه أياما يصير فيهــا تمرا[٤] .

النوع الثالث : شرط يناقض مقتضى العقد ، ومن أمثلته :

١ — فى عقد النكاح : مالو تزوجها على شرط ألا تأتيه الزوجة أو ألا يأتيها هو الا نهــارا فقط ، أو ليلا فقط فانه يفسخ النكاح قبــل الدخول فقط لا بعده ، وذلك لأنه شرط يناقض مقتضى النكاح ولمــا فيه من الخلل فى الصداق ، ولذا ثبت بعــد الدخول بصداق المثــل ، لأن الصداق يزيد وينقص بالنسبة لهــذا الشرط ، وكذا الحكم لو اقترن النكاح بشرط خيار يوما أو أكثر لأحــد الزوجين أو لهما معــا ، أو لأجنبى ، الا خيــار المجلس فــانه يجــوز اشتراطه .

وكذا يفسخ النكاح قبــل الدخول لا بعده ان وقع على شرط أنه ان لم يأت بالصداق لوقت كذا فلا نكاح وجاء به فى الوقت المذكور أو قبله فان لم يأت به فيه فسخ أبدا .

(٤) الخرشى ج ٤ ص ١٢٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٢١٢ .

وكذا نكاح الشغار كما لو قال تزوجني بنتك بكذا على أن أزوجك ابنتي بكذا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ككل نكاح فسد لخلل في صداقه .

وكذا لو وقع النكاح على شرط ألا يقسم بينها وبين ضرتها في المبيت أو على شرط أن يؤثر عليها ضرتها ، بان يجعل لضرتها جمعة أو أقل ، أو أكثر تستقل بها عنها .

أو شرطت عند تزوجها بمحجور عليه أن نفقة زوجها المحجور لصغره أو لرقه على وليه — أبيه أو سيده — فانه شرط مناقض ، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها فشرط خلافه مضر ، أو شرط الزوج أن نفقته عليها ، فانه شرط مخل .

وكذا لو شرطت أن ينفق على ولدها أو على أبيها أو على أن أمرها بيدها متى أحبت ، فيفسخ قبل الدخول في الجميع ويثبت بعده بصداق المثل وألغى الشرط المناقض ، لأن كل شرط خالف كتاب الله تعالى وسنة رسوله فهو لاغ وباطل[١] .

٢ — الرهن : اذا شرط الراهن في الرهن شرطا ينافي حكم الرهن ، فانه لايجوز ، ويفسد الرهن بسبب ذلك الشرط كما اذا شرط ألا يقبضه المرتهن ، أو ألا يباع عند الأجل في الحق الذى رهن فيه ، أو شرط الراهن أجلا معينا وبعده لا يكون رهنا ، أو شرط ألا يكون الولد رهنا مع أمه فانه يبطل الرهن ، ولو أسقط المشترط الشرط ، وذلك لأن اشتراط شرط مناف لمقتضى عقد الرهن يبطله ، بخلاف البيع ، فانه اذا أسقط هذا الشرط فيه صح البيع .

والفرق بينهما ان القبض والبيع — أى عند حلول الأجل — كل منهما مأخوذ جزءا من حقيقة الرهن ، فالشرط المناقض لهما شرط مناقض للحقيقة ، وأما شرط عدم التصرف في المبيع فهو مناقض لما يترتب على البيع وليس مناقضا لنفس حقيقته[٢] .

٣ — الصلح : اذا اقترن الصلح عن مال بمال بشرط ينافي مقتضاه بطل ، كما لو صالح عن عبد بثوب بشرط ألا يلبسه أو لا يبيعه أو بشيء مجهول أو لأجل مجهول فانه لا يصح[٣] .

٤ — الشركة : تفسد شركة المفاوضة اذا وقعت بشرط التفاوت في الربح ، كما لو أخرج أحدهما عشرين دينارا مثلا ، والآخر عشرة وشرطا التساوى في الربح والعمل ، فان وقع ذلك وعثر عليه قبل العمل ، فان عقد الشركة يفسخ ، وبعد العمل يقسم الربح على قدر المالين فيرجع صاحب العشرين بفاضل الربح وهو سدسه ، وينزعه من صاحب العشرة ان كان قبضه ، ليكمل له ثلثاه ، ويرجع صاحب العشرة بفاضل عمله فيأخذ سدس أجرة المجموع[٤] .

وتفسد الشركة في العمل اذا اشترط فيها الغاء الغيبة الكثيرة أو المرض ويكون ما اجتمعا

---

(١) الشرح الصغير ج ١ ص ٣٣٤ — ٣٣٥

(٢) الخرشي ج ٤ ص ١٥٣ — ١٥٤ .
(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٩ — ٣١٠
(٤) الخرشي ج ٤ ص ٢٦١ .

فيه بينهما ، وما انفرد به أحدهما يكون له على انفـــراده[١] .

٥ ـــ القسمة : اذا اقتسم القوم دارا ، أو ساحة أو سفلا أو علوا بينهم بشرط ألا مخرج لأحدهم على الآخر ، فانه لا يجوز قسمهم هذا سواء كانت بالقرعة أو بغيرها ، لأن هذا ليس من قسم المسلمين .

ومحل المنع اذا لم يكن لصاحب الحصة الذى ليس له فى المخرج شىء ما يمكن أن يجعل له فيه مخرجا .

وظاهره المنع ولو تراضيا بعد العقـــد على المخرج لوقوع العقـــد فاسدا ابتداء فلا ينقلب صـــحيحا[٢] .

٦ ـــ القراض : يكون القراض فاسدا اذا اشترط فيه ما ينافى مقتضاه .

جـــاء فى الخـــرشى « يـــكون القـــراض فاســـــدا اذا اشـــــترط رب المـــال على العـــامل أن يضـــمن المـــال اذا تلف أى رأس المـــال ، لأن ذلك ليس من سنة القراض ، وله قراض المثل اذا عمـــل ولم يعمل بالشرط اذا تلف المـــال .

وأما لو دفع المـــال للعـــامل وطلب منه ضامنا يضمنه فيمـــا يتلف بتعـــديه فينبغى جوازه .

وكذلك يكون القراض فاسدا فيما اذا دفع مالا لآخر على النصف مثلا على أن يشترى عبد فلان ، ثم يشترى بعد ما يبيعه بثمنه ثانيا فهو أجير فى شرائه وبيعـــه فله أجر مثله فى توليه ، وله قراض مثله فى ربحه .

وكذا يكون القراض فاســـدا اذا عين رب المـــال للعامل نوعا وكان ذلك النوع فى نفسه يقل وجوده سواء خالف واشترى سواه أو لم يخالف واشتراه .

قال مالك لا ينبغى أن يقارض رجـــلا على ألا يشترى الا البزالا أن يكون موجـــودا فى الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعدوه الى غيره .

قال الباجى : فان كان يتعذر لقلته لم يجز وان نزل فســـخ[٣] .

وكذا يفسد القراض اذا اشترط رب المـــال على العامل أن تكون يده معه فى البيع والشراء والأخذ والعطاء فيما يتعلق بالقراض لمـــا فيه من التحجير ويرد العامل فيه الى أجرة مثله .

وكذا الحكم لو اشترط العامل يدرب المال .

وكذا اذا اشترط رب المـــال على العـــامل ألا يبيع شيئا من سلع القراض ولا يشترى شيئا للقراض ولا يأخذ ولا يعطى للقراض الا بمراجعته ، أو اشترط رب المـــال أمينا على العامل ، لأنه خرج بذلك عن ســـنة القراض ، ويرجع العامل الى أجرة مثله لأنه لم يأتمنـــه على القراض[٤] . أو اشترط رب المـــال عمل يد العامل كما اذا اشترط عليه أن يخيط ثيابا أو يخرز نعالا وما أشبه ذلك ، أو يشارك بمال من عند العامل أو اشترط عليـــه أن يشارك

(١) الخرشى ج ٤ ص ٢٧٠ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٠٩ .
(٣) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٢ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٢٣ .

غيره .. أو يشترط عليه أن يخلط المــال بماله أو بمال قراض عنده[١] .

٧ — المساقاة : تفسد المساقاة اذا اشترط فيها شرط يخالف مقتضاها ، جاء فى الخرشى : « فان لم يتحقق شرط من شروط صحة المساقاة فسدت ، كاشتراط رب الحائط البياض اليسير (الأرض الخالية من الشجر أو الزرع) ليعمل فيه لنفسه ، فانه لا يجوز ، لأن سقى العــامل للأرض ينال هذا البياض ، فهى زيادة اشترطها على العامل ، ولذا لو كان بعلا ، أو كان يسقى بماء الحائط فانه يجوز لربه اشتراطه ، وأما ان كان البياض كبيرا فلا يجــوز أن يدخــلا فى المساقاة ، ويبقى لرب الحائط ولا يجــوز أن يشترطه العامل لنفسه أيضا .

واذا كانت المساقاة على زرع وفيــه نخل يسير تبع ، فان النخل يدخل فى عقد المساقاة لزوما ، ولا يجوز اشتراطه للعــامل ولا لرب الأرض ، لأن السنة انما وردت بالغاء البياض لا بالغاء الشجر[٢] .

٨ — المزارعة : وتفسد المزارعة أيضا اذا اشترط فيها شرط يخالف مقتضاها[٣] .

٩ — الجعل : اذا اقترن الجعل بشرط يخالف مقتضاه فسد ، جاء فى الخرشى « ومن شروط صحة الجعل ألا يشترط النقد فيه ، فان شرط النقد فسد العقد ، سواء حصل نقد بالفعل أم لا ، لدوران الجعل حينئذ بين الثمنية ان وجــد الآبق وأوصله الى ربه ، والسلفية ان لم يوصله الى ربه بأن لم يجده أصلا ، أو وجده وهرب منه فى الطريق[٤] .

ولو وقع الجعل على بيع سلع كثيرة ، أو على شرائها على شرط ألا يأخذ شيئا من جعله الا أن باع أو اشترى الجميع فلا يجوز ، والعرف كالشرط ، وأما لو دخلا على أنه له بحســـاب ما باع أو ابتاع لجاز .

لا يقال : الجعالة لا يستحق العامل فيهــا شيئا الا بانتهــاء العمــل فالعقــد مقتض للشرط .

لأنا نقــول : كثرة الســلع بمثابة عقــود متعددة ، وهو يستحق جعله فى كل عقدة بانتهاء عمله فيها ، وحينئــذ ، فالشرط مناف لمقتضى العقــد[٥] .

١٠ — الوقف : جاء فى الخرشى : ولو وقف على بنيه وبناته وشرط أن من تزوجت من البنات لا حق لها فى الوقف وتخرج منه ، فانه يكون باطلا أيضــا[٦] .

النوع الثانى : شروط باطلة تبطل التصرف الا اذا أسقطها المشترط . وهذا النوع يشمل الشروط الآتية :

١ — شرط يناقض المقصود من البيع : اذا اشترط فى البيع شرط ينــاقض المقصــود من البيع ، كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع

(١) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٣ — ٤٢٤ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٤٧ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٢٨٣ .
(٤) الخرشى ج ٥ ص ٦٢ .
(٥) نفس المرجع ج ٥ ص ٦٣ .
(٦) نفس المرجع ج ٥ ص ٨٢ .

الشىء المبيع لأحد أصلا ، أو الا من نفر قليل ، أو لا يهبه أو لا يتخذها أم ولد أو لا يخرج بهـا من البلد أو لا يركبهـا أو لا يلبسـها أو لا يسكنها أو لا يؤاجرها ، أو على أنـه ان باعها فهو أحق بها بالثمن فان البيع لا يصح الا اذا أسـقط المشترط شرطه وكان المبيـع قائمـا[1] .

٢ — اشتراط ما يخل بالثمن فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يؤدى الى الاخـلال بالثمن كبيع وشرط سلف فانه يبطـل الا اذا أسقط المشترط شرطه ، وكانت السلعة قائمة ، فانه يصح حينئذ لزوال المانع على المشهور فى المذهب .

والشرط الذى يخل بالثمن هو الذى يؤدى الى جهل فيه بزيادة ان كان شرط السلف من المشترى ، أو نقص ان كان من البائع ، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول ، أو لـا فيه من سلف جر نفعا ، وأما جمعهما من غير شرط فجائز على المعتمد[2] .

٣ — شرط فى الهبة يؤدى الى غرر : جاء فى الخرشى « ولا يجوز للشخص أن يدفع فرسا لمن يغزو عليـه سنين معلومة بشرط أن ينفق عليه المدفوع اليـه من عنـده فى تلك السنين ويكون له بعد الأجل ولا يبيعه الا بعد الأجل ، لأنه باع الفرس بالنفقة عليه تلك السنين ، ولا يدرى هل يسلم الفرس الى ذلك الأجل أم لا ، فتذهب نفقته باطلا ، فهذا غرر ومخاطرة ... وقوله لا يبيعه أى لا يملكه الا بعـد الأجل ، أعم من البيع ، وينبغى اذا أسقط الشرط صح ، واذا وقع ونزل فان اطلع على ذلك قبل مضى الأجل خير رب الفرس ، اما أن يسقط الشرط وتكون الفرس لمن أعطيت له ، أو يأخذه منه ويؤدى للرجل ما أنفق عليـه وان مضى الأجل كانت الفرس للآخر بتلا ، ولا قيمة عليه[3] .

النوع الثـالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد :

١ — اشتراط البـراءة من العيوب أو من الاستحقاق : لا يجـوز اشتراط البراءة من العيب الذى يوجد فى المبيع ، الا فى الرقيق ، ولا يجوز فى غيره .

فاذا باع عرضا أو حيوانا غـير رقيق على البراءة من العيوب ، بطل الشرط وصح البيع فاذا أطلع على عيب قـديم كان لـه رده ، ولا عبرة بشرط البـراءة .

بخلاف الرقيق اذا بيع على البراءة ثم أطلع المشترى على عيب فلا رد له .

وانما تجـوز البراءة فى الرقيق اذا طالت اقامته عند البائع وأن يجهل البائع العيوب التى تبرأ[4] منها . وكذلك اذا باع سـلعة بشرط ألا عهدة عليه عند استحقاق المبيـع فانه يسـقط الشرط ويصـح البيـع فاذا استحق المبيـع فله الرد علـى البائـع لأنـه اسقاط للشىء قبـل وجوبه[5] .

---

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٥ — ٦٧ .
(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٦ — ٦٧ .

(٣) الخرشى ج ٥ ص ١١٣ .
(٤) الشرح الكبير ج ٣ ص ١١٢، ص ١١٩.
(٥) الخرشى ج ٤ ص ٣٩ .

٢ ــ اشتراط الولاء لغير المعتق ، اذا باع شخص عبدا أو أمة واشترط على المشترى أنه متى عتق كان الولاء له دون المشترى ، صح البيع وبطل الشرط ، لحديث عائشة رضى الله عنها : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة وأعتقها ، وان اشترط أهلها الولاء فان الولاء لمن أعتق ، فجاز البيع ، وبطل الشرط[١] .

٣ ــ اشتراط ما يخالف مقتضى العقد فى التصرفات الآتية :

(أ) الوديعة : (انظر مصطلح وديعة) اذا اشترط فى الوديعة ما يخالف مقتضاها بطل الشرط .

جاء فى الخرشى « لا ضمان على المودع اذا شرط رب الوديعة عليه ضمانها اذا تلفت فى محل لا ضمان عليه ، ولا يعمل بشرطه ، لأن الوديعة من الأمانات فشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها ويخالف ما يوجبه الحكم[٢] .

وكذا اذا شرط المودع على رب الوديعة عند أخذها ألا يمين له فى دعوى التلف أو الرد فان ذلك لا يفيده لأن هذا شرط يؤكد التهمة ... ولأن اليمين ينظر فيها حين وجوب تعلقها فمشترط سقوطها كمشترط سقوط أمر قبل وجوبه[٣] .

(ب) الوقف (انظر مصطلح وقف) لو اشترط الواقف على الناظر أن يسلم الناظر اليه غلة الوقف ليأكلها ، لا يصح الشرط بل يلغى ويصح الوقف ... بخلاف ما لو اشترط عليه أن يسلمها اليه ليصرفها الواقف على مستحقيها فانه يصح[٤] .

وكذا اذا اشترط الواقف أن يكون اصلاح الوقف على مستحقةيبطل الشرط ويصح الوقف، لأنه كراء مجهول .. وتكون مرمته من غلته ..

وكذا من وقف أرضا مثلا عليها توظيف، واشترط أن يؤخذ ذلك التوظيف من المحبس عليه ، لا من غلة الوقف فان الشرط يكون باطلا والوقف صحيح .

وأما لو شرط أن مرمتها من غلتها وأن ما عليها من التوظيف من غلتها فان ذلك جائز ، وهو المشهور واليه أشار بالأصح .

وقيل : لا يجوز ..

وكذلك لا يجوز اتباع شرط الواقف عدم البداءة باصلاح ما انثلم من الوقف .. لأنه يؤدى الى بطلان الوقف من أصله ، بل يبدأ بمرمة الوقف واصلاحه ، لأن فى ذلك البقاء لعين الوقف والدوام لمنفعته[٥] .

(ج) العارية جاء فى الشرح الكبير « وضمن المستعير ما يغاب عليه ــ وهو ما يمكن اخفاؤه ، كالثياب والحلى .. الا لبينة على تلفه أو ضياعه بلا سببه ..

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٦٥ ، ج٤ ص ٣٦٩ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٣٢٨ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٣٣ .
(٤) الشرح الكبير ج ٤ ص ٧٠ .
(٥) الخرشى ج ٥ ص ٩٣ .

وإذا شرط المستعير نفى ضمان ما يغاب عليه فهل يضمن المستعير أو لا يضمن ؟ تردد فى النقل عن المتقدمين •

فقيل : يضمن ، لأن الشرط يزيده تهمة، ولأنه من اسقاط الحق قبل وجوبه فلا يعتبر•

وقيل : لا يضمن ، لأنه معروف من وجهين: العارية معروف ، واسقاط الضمان معروف آخر ، ولأن المؤمن عند شرطه •

وعزا الرأى الأول (فى العتبية) لابن القاسم وأشهب •

وعزا اللخمى والمازرى الرأى الثانى لابن القاسم أيضا •

وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بذلك الشرط •

وقيل : ان شرط نفى الضمان اذا كان مما يغاب عليه يفسد العقد ، ويكون للمعير أجرة ما أعاره •

أما اذا كان الشىء المعار مما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار ، فلا يضمنه المستعير ولو اشترط عليه المعير ذلك ، لأن عدم ضمانه بطريق الأصالة ، وحينئذ فلا ينتفع المعير بشرطه •

وانما جرى قول مرجح فى العمل بالشرط فيما يغاب ، عليه دون غيره ، لأن الشرط فى الأول من المعروف دون الثانى[1] (انظر مصطلح عارية) •

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٦ .

مذهب الشافعية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة وهى :

النوع الأول : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد ، ومن أمثلتها :

١ — فى البيع : جاء فى مغنى المحتاج: ولو شرط أن الأمة المبيعة بكر ، أو صغيرة أو مسلمة فبان خلاف ذلك فله الرد ، لخلف الشرط •

وكذا لو شرط كون الرقيق المبيع كاتبا أو خبازا أو نحو ذلك من الأوصاف المقصودة فبان خلافه ، فانه يثبت له الخيار لفوات فضيلة ما شرطه •

ولو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا ، لم ترد ، لأنها أكمل مما شرط •

وقيل : ترد لأنه قد يكون له فى ذلك غرض كضعف آلته أو كبر سنه وقد فات عليه •

ولو شرط أن الرقيق كافر ، أو فحل ، أو مختون ، أو خصى ، فخرج مسلما فى الأولى، أو خصيا فى الثانية ، أو أقلف فى الثالثة ، أو فحلا فى الرابعة ، ثبت له الرد ، لاختلاف الأغراض بذلك ، اذ فى الكافر مثلا فوات كثرة الراغبين ، اذ يشتريه الكافر والمسلم بخلاف المسلم والخصى••

فلو شرط كونه أقلف ، فبان مختونا ، لم يثبت له الرد ، اذ لم يفت بذلك غرض

مقصود ، الا ان كان الأقلف مجوسيا بين مجوس يرغبون فيه بزيادة فيثبت له بذلك الرد •

ولو شرط كونه فاسقا ، أو خائنا ، أو أميا ، أو أحمق ، أو ناقص الخلقة ، فبان خلافه لم يثبت له الرد ، لأنه خير مما شرط •

ولو شرط كون الأمة يهودية ، أو نصرانية فبانت مجوسية أو نحوها ، ثبت له الرد ، لفوات حل الوطء ، بخلاف ما لو شرط كونها يهودية فبانت نصرانية أو بالعكس •

ولو اشترى ثوبا على أنه قطن ، فبان كتانا ، لم يصح الشراء لاختلاف الجنس[1] » ••

وان شرط وصفا يقصد ككون الدابة حاملا أو لبونا ، صح العقد مع الشرط، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التى تختلف بها الأغراض ، ولأنه التزم موجودا عند العقد • ولا يتوقف التزامه على انشاء أمر مستقبل ، فلا يدخل فى النهى عن بيع وشرط ، وان سمى شرطا تجوزا ، فان الشرط لا يكون الا مستقبلا، ويكفى فى الصفة المشروطة ما يطلق عليها الاسم •

نعم لو شرط حسن خط العبد المبيع فان كان غير مستحسن فى العرف فله الخيار والا فلا قاله المتولى •

وفى قول : يبطل العقد بالشرط لا بالخلف، لأنه شرط معها شيئا مجهولا ، فأشبه ما لو قال : بعتكها وحملها •

وأجاب أصحاب الرأى الأول بأن المقصود الوصف به لا ادخاله فى العقد ، لأنه داخل عند الاطلاق ••

أما مالا يقصد من العيوب كالزنا والسرقة فانه لا خيار بفواته ، بل ان كان من البائع فهو بيان للعيب ، وان كان من المشترى فهو فى حكم الرضا بالعيب[2] •• (انظر مصطلح بيع) •

٢ — فى النكاح : جاء فى مغنى المحتاج : لو تزوج امرأة واشترط فى العقد كونها مسلمة ، أو اشترط فى الزوج أو الزوجة نسب أو حرية أو غيرهما مما لا يمنع عدمه صحة النكاح من صفات الكمال كبكارة وشباب ، أو صفات النقص كضد هذا ، أو ما ليس بصفة كمال ولا نقص، كطول وبياض وسمرة ، فان أخلف المشروط فالأظهر صحة النكاح ان وجدت شرائط الصحة ، لأن الخلف فى الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى •

---

(١) مغنى المحتاج شرح متن المنهاج ج ٢ ص ٥٢ — ٥٣ باب الخيار •

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٤ •

والرأى الثانى يبطل النكاح ، لأن النكاح يعتمد الصفات فتبدلها كتبدل العين ..

وعلى القول بصحة النكاح ان بان الموصوف بالشرط خيرا مما شرط فيه، كشرط كونها كتابية أو أمة أو ثيبا ، فبانت مسلمة فى الأولى ، أو حرة فى الثانية ، أو بكرا فى الثالثة ، أو اشترطت فى الزوج أنه عبد فبان حرا فلا خيار فى ذلك ، لأنه أفضل وان بان دون المشروط كأن شرط فيها أنها حرة فبانت أمة ، وهو ممن يحل له نكاحها ، وقد أذن السيد فى نكاحها ، أو شرط فيه أنه حر فبان عبدا والزوجة حرة ، وقد أذن له السيد فى النكاح فلها الخيار للخلف ، فان رضيت فلأوليائها الخيار ان كان الخلف فى النسب لفوات الكفاءة ، ومثله خلف شرط نسب الزوجة.

ولكن الأظهر فى الروضة والشرح الصغير وقضية ما فى الكبير ، وهو المعتمد : أنه اذا ساواها فى النسب أو زاد عليها أنه لا خيار لها ، وان كان دون المشروط وجرى عليه فى الأنوار ، وجعل العفة كالنسب ، وكذلك الحرية وكذا له الخيار فى الأصح اذا لم يزد نسبها على نسبه ولم يساوه على الخلاف فى جانبه للغرر فلكل منهما الفسخ ولو بغير قاض كما قاله البغوى ، وان بحث الرافعى أنه يكون كعيب النكاح .

والرأى الثانى : لا خيار له لتمكنه من الفسخ[1] بالطلاق (انظر مصطلح نكاح) .

النوع الثانى : اشتراط ما يقتضيه العقد .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يقتضيه العقد ، كاشتراط القبض أو الرد بعيب ، أو الرجوع بالعهدة ، أو انتفاع المشترى بالمبيع كيف شاء ، أو اشترط خيار المجلس فان هذا الشرط لا يفسد العقد ، ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضى العقد .

وكذا لو شرط البائع بموافقة المشترى حبس المبيع بثمن فى الذمة حتى يستوفى الثمن الحال لا المؤجل ، وخاف فوت الثمن بعد التسليم ، ولم يقل بالبداءة بالبائع فى التسليم ، صح ، لأن حبسه من مقتضيات العقد ، بخلاف ما اذا كان مؤجلا أو حالا ولم يخف فوته بعد التسليم ، لأن البداءة حينئذ بالتسلم للبائع[2] . انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى النكاح : اذا اشترط فى هذا العقد ما يوافق مقتضاه كما لو شرط

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ (باب الخيار) .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣ و المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٦٤ .

أن ينفق عليها أو يقسم لها ، فان النكاح صحيح ، والشرط صحيح ، لأنه مما يقتضيه العقد ، فشرطه[1] تأكيد (انظر مصطلح نكاح) .

٣ — الرهن : وكذا اذا اشترط فى الرهن ما يوافق مقتضاه ، كما لو اشترط تقدم المرتهن بالمرهون عند تزاحم الغرماء ليستوفى منه دينه[2] . صح الرهن (انظر مصطلح رهن) .

النوع الثالث : شرط يحقق مصلحة مشروعة للعاقد : اذا اشترط فى العقد شرط يحقق مصلحة مشروعة للعاقد صح العقد والشرط .

ومن أمثلته : فى البيع اذا اشترط فى البيع أجل معين ، أو رهن ، أو كفيل بالثمن أو بالمبيع ، أو اشترط الاشهاد صح البيع والشرط معينان .

أما الأجل فلقوله تعالى « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى » أى معين ، نعم التأجيل بما يستبعد بقاء الدنيا اليه كألف سنة فاسد ، كما قاله فى زوائد الروضة .

وأما الرهن والكفيل ، فللحاجة اليهما فى مقابلة من لا يرضى الا بهما .

والتعيين فى الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم (انظر مصطلح سلم) .

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢١٢ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .

وفى الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب .

ويشترط أن يكون المرهون غير المبيع ، فان شرطا رهنه لم يصح سواء اشترط أن يرهنه اياه بعد قبضه أم قبله ، لأنه لم يدخل فى ملك المشترى الا بعد الشرط ، فان رهنه بعد قبضه بلا شرط صح ، وأما اشتراط الاشهاد على الثمن أو المثمن سواء المعين وما فى الذمة فلعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » وللحاجة اليه .

ولا يشترط تعيين الشهود فى الأصح ، لأن المقصود ثبوب الحق وهو يثبت بأى عدول كانوا .

والرأى الثانى : يشترط التعيين كما فى الرهن والكفيل ، فان لم يشهد من شرط عليه الاشهاد ، كأن مات قبله أو لم يرهن الشىء الذى اشترط رهنه كأن تلف المرهون أو أعتقه مالكه أو دبره ، أو بان معيبا قبل القبض ، أو لم يتكفل المعين كان مات قبله ، فللبائع الخيار ان شرط له ، وان شرط للمشترى فله الخيار اذا فات المشروط من جهة البائع لفوات المشروط ، والخيار على الفور ، لأنه خيار نقص ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ ، ولا يقوم غير المعين مقامه اذا تلف ولا خيار له ان تعيب بعد القبض الا ان استند الى سبب سابق جهله كردة وسرقة سابقتين[3] .

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣١ — ٣٢ .

وكذلك يجوز اشتراط الخيار (انظر مصطلح خيار) مدة معلومة متصلة بالعقد المشروط فيه الخيار متوالية لا تزيد على ثلاثة أيام ، لأن الأصل امتناعه ، لكونه مخالفا لوضع البيع ، فان الخيار يمنع نقل الملك أو لزومه .

وقد ثبت فى الثلاث بما روى فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان رجلا من الأنصار كان يخدع فى البيوع، فشكا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ، وفى رواية : فقل لا خلابة وأنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » .

فثبت خيار المشترى بالنص ، والحق به البائع بالقياس عليه ، فبقى ما زاد على الأصل[1] ممنوعا .

اشتراط البراءة من العيوب فى المبيع : ولو باع حيوانا أو غيره بشرط براءته من العيوب فى المبيع ، أو قال بعتك على ألا ترد بعيب ، فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان ، لم يعلمه البائع دون غيره .. فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقا ، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان ، علمه أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه ، والمراد بالباطن مالا يطلع عليه غالبا .

والقول الثانى : يبرأ عن كل عيب عملا بالشرط .

والقول الثالث : لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمبرأ منه ، وهو القياس .

وانما خرج منه على القول الأول صورة من الحيوان لما رواه مالك فى الموطأ ، أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما باع غلاما بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه وهو زيد بن ثابت ، لعبد الله بن عمر ، بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما الى عثمان رضى الله تعالى عنه ، فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف ، وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة .

وفى الشامل وغيره ان المشترى زيد بن ثابت كما أورده الرافعى ، وان ابن عمر كان يقول : تركت اليمين لله فعوضنى الله عنها .

فقد دل قضاء عثمان رضى الله عنه على البراءة فى صورة الحيوان المذكورة، وقد وافق اجتهاده فيها اجتهاد الشافعى رضى الله تعالى عنه ، وقال : الحيوان يتغذى فى الصحة والسقم وتتحول طباعه ، فقد لا ينفك عن عيب خفى أو ظاهر أى فيحتاج البائع فيه الى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفى دون ما يعلمه مطلقا فى حيوان أو غيره لتلبيسه فيه ، ومالم يعلمه من الظاهر فيهما « فى الحيوان وغيره » لندرة خفائه عليه ، أو من الخفى فى غير الحيوان كالجوز واللوز اذ الغالب عدم تغيره بخلاف الحيوان .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٦ (خيار الشرط)

وللمشترى مع هذا الشرط شرط البراءة عن كل عيب باطن بالحيوان لم يعلمه .

الرد بعيب حدث بعد العقد وقبل القبض لانصراف الشرط الى الموجود عند العقد[1] ولو شرط البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها لم يصح الشرط فى الأصح ، لأنه اسقاط للشيء قبل ثبوته فلم يسقط ، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له .

والقول الثانى : يصح بطريق التبع، فان انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان[1] .

ولو شرط البراءة عن عيب عينه — فان كان مما يعاين كالبرص ، فان أراه قدره وموضعه برىء منه قطعا ، والا فهو كشرط البراءة مطلقا ، فلا يبرأ منه على الأظهر ، لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه . وان كان مما لا يعاين كالزنا أو السرقة أو الاباق برىء منه قطعا لأن ذكرها اعلام بها[2] .

اشتراط قطع الثمر المبيع أو ابقائه:
يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا سواء اشترط قطعه أو لم يشترط ، اشترط ابقاءه أو لم يشترط ، وسواء كانت الأصول لأحدهما ، أم لغيره ، لأنه صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمرة قبل بدو اصلاحها . رواه الشيخان فيجوز البيع بعد بدوه وهو صادق بكل هذه الأحوال ، والمعنى الفارق بينهما ان الثمرة بعد بدو صلاحها تكون فى أمن من العاهات غالبا لغلظها وكبر نواها ، وقبله تسرع اليه العاهة لضعفه فيفوت بتلفه الثمن وبه يشعر قوله صلى الله عليه وسلم : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحق أحدكم مال أخيه ، وقبل بدو صلاحه لا يصح بيعه منفردا عن الشجر الا بشرط القطع فى الحال وأن يكون المقطوع منتفعا به ، ويحرم بيع الزرع الأخضر فى الأرض الا بشرط قطعه[3] ..

فى القرض : ويجوز للمقرض شرط رهن وكفيل ، واشهاد ، واقرار به عند حاكم ، لأن ذلك توثقة للعقد ، لا زيادة فيه ، فله اذا لم يوف المقترض به الفسخ على قياس ما ذكر فى اشتراطها فى البيع [4].. (انظر مصطلح قرض) .

فى الرهن : واذا شرط فى الرهن ما فيه مصلحة للعقد كالاشهاد به صح العقد والشرط[5] . (انظر مصطلح رهن) .

وفى الحوالة : جاء فى مغنى المحتاج ما يفيد أنه « لو شرط العاقد فى الحوالة رهنا أو ضمينا فهل يجوز أو لا يجوز ؟ رأيان .

واختلف فى الترجيح بينهما .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٥٢ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٨٤ — ٨٦ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٣ .
(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .

والمعتمد هو الثانى •

ولا يثبت فى عقدها خيار شرط لأنه لم يبن على المعاينة[١] ... انظر مصطلح (حواله) •

النوع الرابع — اشتراط العتق : جاء فى مغنى المحتاج : اذا باعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشترى مطلقا أو عن المشترى ففيه ثلاثة أقوال :

المشهور منها صحة البيع والشرط ، لتشوف الشارع الى العتق ، ولخبر الصحيحين أن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة ، وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم ، فلم ينكر صلى الله عليه وسلم الا شرط الولاء لهم بقوله « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل •

والقول الثانى : لا يصحان كما لو شرط بيعه أو هبته •

والقول الثالث : يصح البيع ويبطل الشرط ، كما فى النكاح •

أما اذا شرط اعتاقه عن البائع أو عن أجنبى فانه لا يصح ، لأنه ليس فى معنى ما ورد به الخبر وخرج باعتاق المبيع شرط اعتاق غيره فلا يصح معه البيع، لأنه ليس من مصالحه وكذا شرط اعتاق بعضه •

نعم ان عين المقدار المشروط فالمتجه الصحة •

ولو باع بعضه بشرط أعتاق ذلك البعض صح ••

ولو باع رقيقا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط العتق لم يصح البيع

وكذا لو اشترى دارا بشرط أن يقفها ، أو ثوبا بشرط أن يتصدق به ، لأن ذلك ليس فى معنى ما ورد به الشرع[٢] •

النوع الخامس : شرط يحقق مصلحة فى الوقف : ومن أمثلته ما جاء فى مغنى المحتاج: أن الأصح أنه اذا وقف بشرط ألا يؤجر أصلا ، أو ألا يؤجر أكثر من سنة صح الوقف ، واتبع شرطه كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة •

والوجه الثانى : لا يتبع شرطه ، لأنه حجر على المستحق فى المنفعة •

ويستثنى حال الضرورة ، كما لو شرط ألا تؤجر الدار أكثر من سنة ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة الا باجارة سنين ، فان ابن الصلاح أفتى بالجواز ••

والأصح أيضا أنه اذا وقف شخص مكانا مسجدا وشرط فيه اختصاصه بطائفة

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣ .

كالشـــافعية اختص بهم ، فلا يصـلى ولا يعتكف فيه غيرهم ، كالمدرســة والرباط اذا شرط فى وقفهما اختصاصهما بطائفة اختصابهم جـزما •

والوجه الثانى : لا يختص المسـجد بهم ، لأن جعـل البقعـة مسـجدا كالتحرير ، فلا معنى لاختصاصه بجماعة ، ولو خص المقبرة بطائفة اختصـت بهم عنـد الأكثرين كمـا قاله امام الحرمين[١] •

وان شرط الواقف النظر على وقفــة لنفسه أو غيره ، واحــدا كان أو أكثر اتبع شــرطه ســواء أفوضــه له فى حـال حياتــه ، أم أوصى بــه لأنه المتقـرب بالصـدقة فيتبع شرطه كمـا يتبع فى مصارفها وغــيرها[٢] • (انظر مصطلح وقف) •

القســم الثــانى : الشروط الفاســـدة : والشروط الفاسدة نوعــان : شروط فاســدة تفســـد التصرف ، وأخـرى تلغو ويصــح التصــرف •

النوع الأول : الشــروط الفاســدة التى تفســد التصرف ، ويندرج تحتــه الشــروط الآتيــة :

الأول اشتراط أمر يخالف الشرع : ومن أمثلتــه :

١ ــ فى البيــع : ما اذا بــاع عبــدا واشـــترط أمرين عتقه وأن يكون الولاء لــه ــ للبائع ــ •• فــان البيــع لا يصـــح لمخالفتــه ما تقرر فى الشرع مــن أن الولاء لمن أعتق •

وأمــا قوله صـلى الله عليــه وسـلم فى حديث بريرة « واشــترطى لهم الولاء » فقد أجــاب الشــافعى رحمه الله تعــالى عنه بأن « لهم » بمعنى « عليهم » أى واشــترطى عليهم الولاء ، كمــا فى قوله تعــالى « وان أسأتم فلهـــا » •

وكــذا اذا اشــترط العتق والولاء لأجنبى فانه يكون أولى بالبطلان •

وهناك رأى ثان : يصــح البيــع ويبطــل الشرط •

وأمــا اذا اشترط الولاء فقط دون العتق، كأن يقــول للمشترى : أن أعتقته فولاؤه لى ، فان البيــع باطل قطعــا ، لأن الولاء تــابع للعتق ، والعتق لم يشــترط فى الأصــل[٣] • (أنظر مصطلح بيع) •

٢ ــ فى القــرض : لا يجــوز الاقــراض فى النقــد وغيره بشــرط جــر نفع للمقرض ، كشــرط رد صحيح عن مكسر ، أورد زيــادة، أورد جيــد عن ردىء ، ويفســد بذلك العقد على الصحيح ، لحــديث كل قــرض يجــر منفعـــة فهــو ربــا ، وهـــو وان كان ضعيفا ، فقــد روى البيهقى معنـــاه عــن جمــع من الصــحابة ، والمعنــى فيــه : أن موضـــوع العقــد الارفــاق فاذا شـــرط

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٧ •
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٤ •
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٣ •

فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته ، فلو رد زائدا فى القدر أو الصفة بلا شرط فحسن ، بل مستحب ..

ولو شرط أن يرد مكسرا عن صحيح ، أو رديئا عن جيد ، أو أن يقرضه غيره أو شيئا آخر لغا الشرط .

والأصح أنه لا يفسد العقد ، لأنه وعد باحسان لا جر منفعة للمقرض بل للمقترض والعقد عقد ارفاق ، فكأنه زاد فى الارفاق .

والوجه الثانى : يفسد لمنافاته مقتضى العقد ...

ولو شرط أجلا فهو كشرط مكسر عن صحيح أن لم يكن للمقرض غرض ، لارتفاق المستقرض بالأجل ، فعلى هذا يصح العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح ، لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف، لكن يندب الوفاء بالأجل لأنه وعد، كما فى تأجيل الدين الحال ..

وان كان للمقرض غرض فى الأجل كزمن نهب والمستقرض ملىء ، فكشرط صحيح عن مكسر فى الأصح لما فيه من جر المنفعة فيفسد العقد .

والوجه الثانى يصح ويلغو الشرط[1] . (انظر مصطلح قرض) .

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٣ .

الثانى من الشروط التى تفسد العقد : اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد : ومن أمثلته :

١ — فى البيع .

لا يصح البيع اذا اشترط فيه شرط يؤدى الى بيعتين فى بيعة ، وذلك للنهى عن بيعتين فى بيعة ، رواه الترمذى وصححه .. كأن يقول بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعنى دارك بكذا ، أو تشترى دارى منى بكذا ، أو أدى الى بيع وشرط للنهى عن بيع وشرط رواه عبد الحق فى أحكامه ، وذلك كبيع بشرط بيع آخر ، أو بشرط قرض كأن يبيعه عبده بألف بشرط أن يقرضه مائة والمعنى فى ذلك أنه جعل الألف ، ورفق العقد الثانى ثمنا واشتراط العقد الثانى فاسد ، فبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقى فبطل العقد .

ولو عقد البيع الثانى لم يصح ان جهلا ، أو جهل أحدهما بطلان العقد الأول ، لأنهما أثبتاه على حكم الشرط الفاسد .

فان علما فساد العقد الأول صح .

وسبب فساد الشرط ، كما قاله الغزالى أن انضمام الشرط الى البيع يبقى علقة بعد البيع يثور بسببها منازعة بين المتبايعين فبطل الشرط الا ما استثنى لمعنى .

ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوبا بشرط أن يخيطه البائع ، وما أشبه ذلك .

فالأصح من طرق ثلاثة بطلان الشراء ، لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه المشترى

الآن ، لأنه لم يدخل فى ملك المشترى الا بعد الشرط ، وذلك فاسد •

والطريقة الثانية أن فى البيع والشرط القولين الواردين فى الجمع بين بيع واجارة •

فلو قال : آجرتك دارى شهرا وبعتك ثوبى هذا بدينار — صح البيع والاجارة فى الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمتهما ، أى قيمة المؤجر من حيث الأجرة ، وقيمة المبيع •

والقول الثانى يبطلان[1] •

والطريقة الثالثة أنه يبطل الشرط ، وأن فى البيع قولى تفريق الصفقة •

ولو قال اشتريته بعشرة واستأجرتك لحصده أو خياطته بدرهم وقبل بأن قال : بعتك وآجرتك صح البيع دون الاجارة ، لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل •

ولو اشترى حطبا على دابة بشرط ايصاله منزله ، لم يصح وان عرف منزله ، لأنه بيع بشرط •

فان أطلق العقد صح ، ولا يجب ايصاله منزله وان اعتيد بل يسلمه فى موضعه[2] •

وكذلك يفسد البيع اذا اشترط على المشترى ألا يبيعه من فلان أولا يبيعه مطلقا أو الا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها ، أولا يسافر به أولا يسلمه اليه •• أو ما أشبه ذلك ، لأن كل هذه الشروط تنافى مقتضى العقد[3] • (انظر مصطلح بيع)•

٢ — فى الاجارة : جاء فى مغنى المحتاج : أن للمشترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره لكن يشترط أمانة من سلمها اليه ، فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه لم يصح ، كما لو باعه عينا وشرط ألا يبيعها[4] (انظر مصطلح اجارة) •

٣ — فى النكاح : يفسد النكاح باشتراط ما يخالف مقتضاه •

ومن أمثلته : ما اذا اشترط أحد الزوجين خيارا فى النكاح فان النكاح يبطل ، لأن النكاح مبناه على اللزوم ، فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة •

فان شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار قال الزركشى : ينبغى أن يصح ، لأنه تصريح بمقتضى العقد •

وهو مخالف لاطلاق كلام فقهاء المذهب •

ولو شرط أحد الزوجين خيارا فى المهر ، فالأظهر صحة النكاح ، لأن فساد الصداق لا يؤثر فى النكاح ، ولا يصح المهر فى الأظهر بل يفسد ويجب مهر المثل ، لأن الصداق لا يتمحض عوضا ، بل فيه معنى النحلة فلا يليق

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤١ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣١ باب فى البيوع المنهى عنها .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٤ والمجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٦٨ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٢٤ .

* بــه الخيــار ، والمرأة لم ترض بالمسمى الا بالخيار .

والقول الثانى يصح المهر أيضا .

والقول الثالث : يفسد النكاح أيضا لفساد المهر .

وكذا اذا اشترط فى النكاح ما يؤدى الى الاخلال بمقصود النكاح الأصلى فان النكاح يبطل به ، كأن يشترط ألا يطأها الزوج أصلا ، أو لا يطأها الا مرة واحـدة ، مثـلا — فى السنة ، أو ألا يطأها الا ليلا فقط ، أو نهـارا فقط ، أو أن يطلقها ولو بعد الوطء ، أو اشترط أنهـا لا ترثه ، أو أنه لا يرثهـا أو انهما لا يتوارثان ، أو أن النفقة على غير الزوج .

ويستثنى من بطلان النكاح بشرط ألا يطأها ما اذا كانت الزوجة ميئوسـا من احتمالهـا الجماع ، فان العقد لا يبطل بهذا الشرط ، لأنه من قضيته ، وكذا لو لم تحتمله فى الحال فشرط ألا يطأها الى الاحتمال ... وكذا لو علم أنها رتقاء أو قرناء ، وشرطت عليه ذلك ، فانـه لا يضر قطعـا[1] .

ويبطل النكاح أيضا : اذا نكح الزوج الثانى بشرط أنه اذا وطىء طلقها أو بانت منـه ، أو فلا نكاح بينهماوشرط ذلك فى صلب العقد ، وذلك لأنه شرط يمنـع دوام النكاح فأشـبه التأقيت .

ولو تزوجها على أن يحللها للأول صح كما جزم به الماوردى ، لأنه لم يشرط الفرقة ، بل شرط مقتضى العقد .

ولو تزوجها على ألا تحـل له لم يصح ، لاخلاله بمقصود العقد وللتناقض[2] . (انظر مصطلح نكاح) .

٤ — فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن ما ينافى مقتضاه فسد الرهن .

ومن أمثلته ما اذا اشترط فى الرهن ما يضر المرتهن وان لم ينتفـع به الراهن كشرط ألا يبيعـه الا بعـد شـهر ، أو بأكثر من ثمن المثـل ، أو لا يبيعـه عنـد حلول الأجـل ، أو يكون مضـمونا ، وذلك لاخـلال الشرط بالغرض منـه .

وان نفـع الشرط المرتهن وضر الراهن ، كشرط أن تكون زوائد المرهـون أو منفعتـه للمرتهن بطل الشرط ، لحديث كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

وكذا يبطل الرهن فى الأظهر لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذى يضر المرتهن .

والقول الثـانى : لا يبطل الرهن بل يلغو الشرط ويصح العقد ، لأنه تبرع فلم يؤثر فيه ذلك كالقرض .

ولو شرط أن تحدث (تصبح) زوائد المرهون كصوفه وثمرته وولده مرهونة ، فالأظهر فساد الشرط ، لأنها معدومة ومجهولة .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢١٢ — ٢١٣ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٧٢ .

والقول الثانى : لا يفسد ، لأن الرهن عند الاطلاق انما لم يتعد للزوائد لضعفه .

فاذا قوى بالشرط سرى واحترز بالزوائد عن الاكساب فان اشتراطها باطل على القولين .

والأظهر أنه متى فسد الشرط المذكور فسد العقد[(١)] .

ولو شرط كون المرهون مبيعا له عند حلول الأجل فسد الرهن ، لتأقيته والبيع لتعليقه والمرهون قبل الأجل أمانة ، لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد[(٢)] . (انظر مصطلح رهن) .

٥ — فى الكفالة والضمان : اذا اشترط فى الكفالة ما ينافى مقتضاها بطلت ، كما لو شرط فيها أنه يغرم المال ان فات التسليم ، بأن قال : كفلت بدن فلان بشرط الغرم ، أو على أنى أغرم ، وانما تبطل لأنه شرط ينافى مقتضاها بناء على أنه لا يغرم عند الاطلاق .

والقول الثانى يصح بناء على مقابله .

فان قيل : هلا بطل الشرط فقط ، كما لو أقرضه بشرط رد مكسر عن صحيح ، أو بشرط الخيار للمضمون له .. بجامع أنه زاد خيرا ؟ أجيب : بأن المشروط فى تلك صفة تابعة ، وفى هذه أصل يفرد بعقد والتابع يغتفر فيه ما لا يغتفر فى الأصل[(٣)] .

ولا يجوز شرط الخيار فى الضمان للضامن ، ولا فى الكفالة للكفيل ، لمنافاته مقصودها ، ولا حاجة اليه ، لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر .

أما شرطه للمستحق فيصح ، لأن الخيرة فى الابراء والطلب اليه أبدا ، وشرطه للأجنبى كشرطه للضامن ويبطل الضمان بشرط اعطاء مال لا يحسب من الدين ، وتبطل الكفالة بقوله : كفلت زيدا على أن لى عليك كذا[(٤)] .

ولا يصح الضمان بشرط براءة الأصيل — على الأصح — لمنافاة الشرط لمقتضى الضمان ، وكذا لو ضمن بشرط براءة ضامن قبله ، أو كفل بشرط براءة كافل قبله .

والوجه الثانى : يصح الضمان والشرط لما رواه جابر فى قصة أبى قتاده[(٥)] للميت قال : فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول : هما[(٦)] عليك وفى مالك والميت منهما برىء « فقال : نعم فصلى عليه ، قال الحاكم : صحيح الاسناد .

وأجاب الأولون بأن المراد بقوله (برىء) انما هو فى المستقبل .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ١٢٩ .
(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢ .

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ١٩٣ .
(٥) ورد فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال : هل ترك شيئا ؟ قالوا : لا ، قال هل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير ،فقال صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتاده صلى عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه
(٦) وهذه رواية أخرى .

والوجه الثالث : يصح الضمان فقط ويبطل الشرط ، كما لو أعتق عبدا بشرط أن يعطيه[١] شـيئا .

ولو شرط الضامن فى ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئا ، أو يقيم له به ضامنا فسـد الضمان لفساد الشرط[٢] . (انظـر مصطلح كفالة وضمان) .

٦ ـ فى الحوالة : واذا اقترنت الحـوالة بشرط يخالف مقتضاها بطلت .

جاء فى مغنى المحتاج : ويبرا بالحوالة المحيل عن دين المحتـال والمحـال عليـه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال الى ذمة المحـال عليه ، فان تعذر أخذه من المحال عليه بفلس أو جحد (منه للدين أو للحوالة) وحلف ، لم يرجع المحتال على المحيل .

فلو شرط عليـه الرجـوع بشىء من ذلك لم تصح الحوالة فى أحد أوجه رجحه الأزرعى وغيره ، وهو ظاهر ، لاقترانها بشرط يخـالف مقتضـاها[٣] .

٧ ـ فى الشركة : اذا اقترنت الشركة بمـا يخالف مقتضاها فسدت .

ومن أمثلة ذلك فى شركة العنـان (انظـر مصطلح العنان) ما اذا اشترطا التسـاوى فى الربح والخسران مع التفـاضل فى المـالين ، أو التفاضل فى الربح والخسران مع التساوى فى المالين فسد العقد ، لأن هذا الشرط مخالف لموضوع الشركة ، لأن موجبها أن يكون الربح والخسران على قدر المالين ، اشترطا ذلك أو لم يشترطاه[٤] .

وكذلك لا يتصرف الشريك الا فى نصـيبه ما لم يأذن الآخر له فيتصرف فى الجميع .

فان شرط ألا يتصرف أحـدهما فى نصيب نفسه لم يصح العقد ، لمـا فيه من الحجر على المالك فى ملكه ، ومتى عين له جنسا أو نوعا لم يتصرف[٥] فى غيره (انظر مصطلح شركة) .

٨ ـ فى المساقاة : واذا اشترط فى المساقاة ما ينافى مقتضاها لم تصح ، كما لو شرط على العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة وهو ما لم تجر العادة به ، كحفر بئر ، لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد فى عقد .

ويشترط أيضـا لصحة المساقاة ألا يشترط على المالك فى العقد ما على العامل .

فلو شرط السقى على المالك بطل العقد .

وكـذا يشترط لصحتها أن ينفرد العـامل بالعمل .

فلو شرط عمل المالك معه فسد .

وكذا يشترط أن ينفرد العـامل باليـد فى الحديقة .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٤ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٥ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٢ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ١٩٨ .

فلو شرط كونها فى يد المالك أو بيدهما لم يصح(١) .

وكذا لو اشترط بعض الثمر لغيرهما أو اشترط كل الثمر لأحدهما فانه لا يجوز ، لأنه يشترط فيها تخصيص الثمر بهما(٢) (انظر مصطلح مساقاة) .

٩ ــ القراض : اذا اشترط فى القراض ما ينافى مقتضاه فانه لا يجوز ، كما لو شرط كون المال فى يد المالك أو غيره ، ليوفى منه ثمن ما اشتراه العامل .

ولا يجوز أن يشترط مراجعته ــ أى المالك ــ فى التصرف ، لأنه قد لا يجده عند الحاجة .

ولا يجوز شرط عمل المالك مع العامل لأن انقسام التصرف يفضى الى انقسام اليد ، وكذا لو شرط كون المال تحت يد وكيله وأن يكون معه مشرف مطلع على عمله من غير توقف فى التصرف على مراجعته لم يصح ، أخذا من التعليل السابق .

ولا يجوز أن يشرط عليه شراء متاع معين أو نوع يندر وجوده ، أو معاملة شخص بعينه ، كما لو قال له لا تبع الا لزيد ، أو لا تشتر الا منه لاخلاله بالمقصود .

ولا يجوز أن يشترط شىء من الربح لثالث . لأنه يشترط اختصاصهما بالربح ، الا عبدا المالك أو عبدا لعامل ، لأن ما شرط له يضم لسيده .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠٣ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠١ .

ولو قال للعامل قارضتك على أن كل الربح لك ، فقراض فاسد فى الأصح نظرا للفظ .

وقيل : قراض صحيح .

وان قال على أن كل الربح لى ، فقراض فاسد فى الأصح .

وقيل : هو ابضاع أى توكيل بلا جعل ، والابضاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعا .

ويجرى الخلاف فيما لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لك أو كله لك ، هل هو قراض فاسد أو ابضاع(٣) (انظر مصطلح قراض) .

١٠ ــ العارية : اذا اشترط فى العارية ما يخالف مقتضاها تفسد ، فلو قال : أعرتك فرسى على أن تعلفها(٤) بعلفك أو لتعيرنى فرسك ، فهو اجارة فاسدة ، لجهالة العلف فى الأولى ، وللعوض فى الثانية ، والاجارة الفاسدة توجب أجرة المثل اذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة .

وقيل : انه عارية فاسدة نظرا للفظ فلا تجب الأجرة وأما العين فمضمونة على الثانى دون الأول ، وهذا عند جهل العوضين .

أما لو قال أعرتكها شهرا من الآن بعشرة أو لتعيرنى فرسك سنة من الآن ففيه وجهان .

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ .
(٤) وهذا بناء على أن نفقة المستعار ليست على المستعير بل هى على المالك لانها من حقوق الملك والا لم يكن شرطه مفسدا وان كان فى تعليق القاضى حسين انها على المستعير .

أحدهما : أنه اجارة صحيحة نظرا للمعنى .

والثانى : اعارة فاسدة نظرا للفظ[١] . (انظر مصطلح عارية) .

١١ — الوقف : اذا اشترط فى الوقف ما ينافى مقتضاه بطل كما لو قال : وقفت هذا على كذا سنة مثلا لفساد الصيغة .

ولو وقف بشرط الخيار لنفسه فى ابقاء وقفه والرجوع فيه متى شاء أو شرطه لغيره أو شرط عوده اليه بوجه ما كأن شرط أن يبيعه أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء ، بطل على الصحيح ، قال الرافعى : كالعتق والهبة .

ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط كما لو طلق على ألا رجعة له[٢] (أنظر مصطلح عارية) .

النوع الثالث : شرط يؤدى الى جهالة ومن أمثلته :

١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يؤدى الى جهالة لم يصح ، كما لو باع دابة واشترط وضع الحمل خلال شهر مثلا أو أنها تدر كل يوم صاعا مثلا ، لأن ذلك غير مقدور عليه فيهما وغير منضبط فى الثانية فصار كما لو شرط فى العبد المبيع أن يكتب كل يوم عشر ورقات مثلا[٣] . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الاجارة : اذا شرط فى الاجارة ما يؤدى الى جهالة فسدت ، كما لو استأجر بعيرا واشترط حمل المعاليق مطلقا من غير رؤية ولا وصف : (والمعاليق ما يعلق على البعير كسفرة[٤] وقدر وقصعة) فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها ، فربما قلت وربما كثرت، والقول الثانى يصح ويحمل على الوسط المعتاد . (انظر مصطلح اجارة)[٥] .

٣ — فى الهبة : اذا اشترط فى الهبة ثواب (عوض) مجهول كما لو قال وهبتك هذا الشىء بثوب فالمذهب بطلان العقد لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض ، ولتعذر صحة هبته لذكر الثواب ، بناء على أنها لا تقتضيه .

وقيل يصح هبته بناء على أنها تقتضيه[٦] .

النوع الثانى : الشروط الفاسدة التى تسقط ويصح التصرف ويندرج تحته الشروط الآتية :

الأول : اشتراط مالا غرض فيه .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع مالا غرض فى اشتراطه ، فانه يلغو الشرط ويصح العقد ، وذلك كما لو اشترط على المشترى ألا يأكل العبد المبيع الا كذا كهريسة أو لا يلبسه الا كذا كحرير ، صح العقد ولغا الشرط ، لأن ذكر هذا الشرط لا يورث تنازعا فى الغالب فذكره فيه لغو، وهذا ما جزم به النووى فى المجموع .

وليست هذه الصورة من قبيل الالزام بما لا يلزم حتى يبطل بها البيع ، لأن السيد يلزمه

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٥٥ .
(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤ .
(٤) السفرة طعام يتخذ للمسافر .
(٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣١٧ .
(٦) نفس المرجع جـ ٢ ص ٣٧٥ .

فى الجملة نفقة الرقيق ، ونفقته مقدرة بالكفاية وقد شرط عليه أداؤها من أحد الأنواع التى تتأدى هى ببعضها فيصح ، ولا يلزمه الوفاء به ، لأن الواجب احدها فأشبه خصال الكفارة لا يتعين أحدها بالتعيين(١) .. (انظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى النكاح : واذا اشترط فى عقد النكاح مالا يوافق مقتضاه ولم يتعلق به غرض كما لو اشترط ألا تأكل الا كذا لغا الشرط وصح العقد ، وذلك لأنه لا فائدة منه(٢) .

٣ ــ فى الرهن واذا اشترط فى الرهن مالا غرض فيه كألا يأكل الرقيق المرهون الا كذا لغا الشرط وصح العقد(٣) (انظر مصطلح نكاح) .

النوع الثانى : شرط يخالف مقتضى العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح : اذا خالف الشرط مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلى وهو الوطء ، كشرط ألا يتزوج عليها ، أو ألا نفقة لها صح النكاح ، لعدم الاخلال بمقصوده وهو الوطء ، وفسد الشرط سواء أكان الشرط للمرأة كالمثال الأول أم عليها ، كالمثال الثانى لقوله عليه الصلاة والسلام : كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل(٤) .

٢ ــ فى الهبة : جاء فى مغنى المحتاج أنه لو قال أعمرتك هذه الدار فاذا مت عادت الى

(١) معنى المحتاج حـ ٢ حـ ٣٣ ــ ٣٤ .
(٢) نفس المرجع حـ ٢ حـ ٢١٢ .
(٣) نفس المرجع حـ ٢ حـ ١١٥ .
(٤) نفس المرجع حـ ٣ حـ ٢١٢ .

أو الى وارثى ، فهى هبة واعمار صحيح فى الأصح ، وبه قطع الأكثرون كما فى الروضة ويلغو ذكر الشرط ، لاطلاق الأحاديث الصحيحة ــ ومنها خبر مسلم أيما رجل أعمر عمرى فانها للذى أعطيها لا ترجع الى الذى أعطاها .

فان قيل : هذا شرط فاسد ، فهلا بطلت العمرى كالبيع ؟ أجيب : بأن شروط البيع تقابل ببعض الثمن ، فاذا بطلت يسقط ما يقابلها فيصير الثمن مجهولا ، فيبطل والعمرى لا ثمن فيها ، فلذلك صحت وبأن هذا الشرط يقتضى فسخا منتظرا ، ولا يضر ذلك الهبة بدليل هبة الأب لابنه ويضر البيع . وهذا على الجديد .

وعلى القديم يبطل العقد بفساد الشرط(٥) .

٤ ــ مذهب الحنابلة :

القسم الأول ــ الشروط الصحيحة ويندرج تحت هذا القسم الشروط الآتية :

الأول : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط المشترى صفة فى المبيع ككون العبد كاتبا أو فحلا أو خصيا أو ذا صنعة بعينها أو مسلما أو الأمة بكرا أو أنها تحيض ، أو اشترط الدابة هملاجة(٦) ، أو لبونا أو غزيرة اللبن ، أو الفهد

(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٩ ــ ٣٧٠ .
(٦) الهملجة : مشية سهلة فى سرعة .

صيودا ، أو الطير مصوتا ، أو يبيض ، أو يجيء من مسافة معلومة أو الأرض خراجها كذا ، صح الشرط وكان لازما ، لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك ، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التى شرع البيع لأجلها ، يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » فان وفى بالشرط لزم البيع ، وان لم يف كان لمن فات شرطه الخيار بين الفسخ لفوات الشرط وبين الامضاء مع أخذ أرش عوض فقد الصفة التى شرطها الحاقا له بالعيب ، فان تعذر الرد تعين له أرش فقد الصفة كالمعيب اذا تلف عند المشترى ولم يرض بعيبه .

فان اشترط صفة فبانت أعلى مما شرط كما لو شرط العبد كافرا فبان مسلما ، أو الأمة ثيبا فبانت بكرا ، فلا فسخ له ، لأنه زاده خيرا كما لو شرط العبد كاتبا فبان عالما أيضا[١] . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح صفة مقصودة فى محل العقد كان الشرط صحيحا ، وذلك كما لو تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية ، أو قال الولى : زوجتك هذه المسلمة فبانت كافرة ، فله الخيار فى فسخ النكاح ، لأنه شرط صفة مقصودة فبانت بخلافها ، فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمه .

أما ان بانت الصفة أعلى مما شرط فانه لا خيار له ، لأن ذلك زيادة خير فيها ، كما لو شرطها أو ظنها كافرة فبانت مسلمة وان شرطها بكرا فبانت ثيبا ، أو شرطها جميلة أو نسيبة أو شرطها بيضاء أو طويلة أو شرط نفى العيوب التى لا يفسخ بها النكاح ، كالعمى والخرس والصمم والشلل ونحوه فبانت بخلافه فله الخيار ، لأنه شرط وصفا مقصودا ، ففات هذا الوصف ، كما لو شرطها حرة فبانت أمة ، ولا شىء على الزوج ان فسخ قبل الدخول ، لأنه فسخ قبل الدخول بسبب من جهتها ، وأما بعد الدخول فانه يرجع بالمهر على الغار له ، للغرور سواء كان منها أو من وليه أو وكيله[٢] . (انظر مصطلح نكاح) .

الثانى : شرط يقتضيه العقد : اذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يقتضيه العقد ، صح العقد والشرط ، وذلك لأن وجود الشرط وعدمه سواء ، ولأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد[٣] .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط فى عقد البيع التقابض أو حلول الثمن ، أو تصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير اليه من ثمن ومثمن أو رد المبيع بعيب قديم فان هذا الشرط لا يؤثر ذكره فى العقد[٤] . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى النكاح : وكذا اذا اشترط فى عقد النكاح ما يقتضيه العقد ، صح العقد والشرط ، وذلك كاشتراط تسليم الزوجة الى الزوج ،

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٧ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٤ — ٧٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٦ ، ٣٧

وتمكينه من الاستمتاع بهـا وتسليمها المهر ، وتمكينها من الانتفاع بـه ، وذلك لأن وجود الشرط كعدمه ، لأن العقـد يقتضى ذلك[١] . (انظر مصطلح نكاح) .

٣ ــ فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن مـا يوافق مقتضاه صح الرهن والشرط ، جاء فى كشاف القناع : أنه لو شرط فى الرهن أن يبيع المرتهن أو العـدل الرهن عنـد حلول الحق ، صح شرطه ، لأن ما صح توكيل غيرهما فيـه صح توكيلهما فيه ، كبيع عين أخرى ولم يؤثر ذلك الشرط فى عقد الرهن فسادا كسائر الشروط الصحيحة فى سـائر العقود ، وكذا كل شرط يوافق مقتضى العقـد ولم ينافه ، سواء كان العقد رهنـا أو غيره ، فلو أعاره شيئا ليرهنه الى أجل على دين جـاز ، يعنى أنه شرط على المرتهن ألا يباع قبل الأجل المسمى ، فرهنه على ذلك صح الرهن .

وظاهر كلام القاضى فى المجرد أنه لا يصح ، قاله المجـد فى شرح الهـداية[٢] . (انظـر مصطلح رهن) .

٤ ــ فى الكفالة : جـاء فى كشاف القناع : أنه اذا علم الكفيل موضع المكفول به ، ومضى اليه ولم يحضره أما لتوان ، أو لهرب المكفول به .. أو لامتناعه .. بحيث تعذر احضـاره مع حياته ، لزم الكفيل ما عليـه من الدين ، لعموم قول الرسول عليـه السـلام « الزعيم غارم » ولأنها أحد نوعى الكفالة فوجب الغرم بها كالكفالة بالمال ، ولا يسقط عن الكفيل المال باحضار المكفول به بعد الوقت المسمى الا اذا اشـترط الكفيـل البـراءة من الدين ، فاذا اشترطها فانه لا يلزم بالدين عمـلا بشرطه لحـديث المسلمون على شروطهم ، ولأنه انما التزم الكفالة على هذا الشرط فلا يلزمه سوى ما اقتضاه التزامه .

وكذا يلزم الكفيل عوض العين الملزوم بهـا اذا تعـذر احضار المكفول به ليسلمها اذا لم يشرط الكفيل ألا مال عليـه بتلفها أى بسبب تعـذر ردها لتلفها بفعل آدمى ، أو هربه بهـا ونحـوه .

وأما اذا تلف بفعـل الله فان الكفيل يبـرأ بذلك كموت المكفول به فان اشـترط الكفيل البراءة برىء[٣] .

الثالث : شرط يؤكد موجب العقـد ، ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيـع رهن معين بالثمن أو ببعضه ، ولو كان الرهن هـو نفس المبيع كما لو قال : بعتك هـذا على أن ترهنه على ثمنه ، فقـال : اشتريت ورهنتك صح الشراء والرهن .

وكـذا ان اشـترط ضمينا معينا بالثمن ، أو ببعضه صح العقـد والشرط[٤] . (انظر مصطلح بيع)

---

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٢ ومنتهـى الارادات ج ٣ ص ٦٧ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٣ ومنتهـى الارادات ج ٢ ص ١١٧ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ ومنتهـى الارادات ج ٢ ص ٢٢ .

٢ — فى القرض : يجوز فى القرض اشتراط الرهن والضمين لأنه عليه الصلاة والسلام : استقرض من يهودى شعيرا ورهنه درعه « متفق عليه ، وما جاز فعله ، جاز شرطه ، ولأنه يراد للتوثق بالحق وليس ذلك بزيادة ، والضمان كالرهن ، فلو عينهما وجاء بغيرهما لم يلزم المقرض قبوله ، وان كان ما أتى به خيرا من المشروط ، وحينئذ يخير بين فسخ العقد وبين امضائه بلا رهن ولا كفيل(١) • (انظر مصطلح قرض) •

الرابع :شرط أجاز الشرع اشتراطه ومن أمثلته :

١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع صفة فى الثمن ، كتأجيله ، أو تأجيل بعضه الى وقت معلوم(٢) • أو اشترط الخيار مدة معلومة(٣) صح البيع والشرط •

وكذا لو اشترط البائع على المشترى عتق العبد المبيع ، فانه يصح البيع والشرط ، لحديث بريرة : وقد تقدم ذكره فى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ويجبر المشترى على العتق ان امتنع ، لأنه حق لله تعالى ، فان امتنع المشترى من عتقه أعتقه الحاكم عليه ، لأنه عتق مستحق عليه ، لكونه قربة التزمها كالنذر وكما يطلق على المولى •

وان باعه المشترى بشرط العتق لم يصح صححه الأزجى فىنهايته ، لأنه يتسلسل ، ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة كما لو نذر عتق عبد ، فانه لا يصح بيعه ووافقه ابن رجب فى قواعده(٤) •

الخامس : شرط يحقق مصلحة ومن أمثلته :

١ — فى البيع : اذا اشترط البائع فى المبيع نفعا مباحا معلوما غير الوطء ودواعيه كسكنى الدار المبيعة شهرا ، أو أقل منه أو أكثر ، وكحملان البعير (ونحوه) الى موضع معلوم صح لما روى جابر أنه كان يسير على جمل قد أعيا فضربه النبى صلى الله عليه وسلم فسار سيرا لم يسر مثله فقال بعنيه « فبعته واستثنيت حملانه الى أهلى » متفق عليه يؤيده أنه عليه السلام نهى عن الثنيا (الاستثناء) الا أن تعلم ، وهذه معلومة وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة فصح، كما لو باعه أمة مزوجة ، أو دارا مؤجرة ونحوهما،وكحبس المبيع الى أن يستوفىالثمن، وخبر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط أنكره أحمد ، وقال لا نعرفه مرويا فى مسنده • ونفقة المبيع المستثنى نفعه مدة الاستثناء الذى يظهر أنها على البائع لأنه مالك المنفعة حينئذ ، لا من جهة المشترى كالعين الموصى بنفعها لا كالعين المؤجرة والمعارة أما وطء الأمة المبيعة ودواعيه فلا يصح استثناؤه ، لأن ذلك لا يباح الا بملك أو نكاح وقد(٥) انتفيا •

وكذلك يصح أن يشترط المشترى نفع البائع فى المبيع كاشتراطه عليه حمل الحطب المبيع

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ١٣٩ •
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ •
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٧ •
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٠ — ٤١ •
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨ •

أو تكسيره أو خياطة ثوب مبيع ، أو تفصيله أو حصاد زرع مبيع ، أو جز رطبة مبيعة أو ضرب قطعة حديد اشتراها منه سيفا ، أو نحو ذلك ، لأن غاية هذا الشرط أنه جمع بيعا واجارة وهو صحيح ان كان النفع معلوما ، ولزم البائع فعله وفاء بالشرط .

فلو اشترط المشترى على البائع حمل المبيع الى منزله والبائع لا يعرف المنزل ، لم يصح الشرط ، كما لو استأجره لذلك ابتداء قاله فى شرح المنتهى ، وظاهره صحة البيع ويثبت له الخيار[1] . (أنظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجارة شرط يحقق غرضا صح الشرط ولزم الوفاء به ، وذلك كما لو اكترى دابة ليركبها عريا ، لم يجز له أن يركبها بسرج ، لأنه زائد عما عقد عليه ، وان اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عريا ، لأنه يحمى ظهرها فربما أفسده[2] .

وكذا اذا اشترط المستأجر على الأجير مباشرة العمل بنفسه صح الشرط ولا يجوز له استنابة غيره لوجود[3] الشرط .

وكذا اذا اشترط المؤجر على المستأجر ألا يسير بالعين المستأجرة فى الليل أو ألا يسير بها وقت القائلة أو ألا يتأخر بها عن القافلة أو ألا يجعل سيره فى آخرها واشباه هذا مما فيه غرض ، صح الشرط ولزم الوفاء به .

فان خالف المستأجر ضمن لمخالفته الشرط الصحيح ، كما لو شرط عليه ألا يحملها الا قفيزا فحملها قفيزين[4] .

واذا قال رب ثوب لخياط ان كان الثوب يكفينى قميصا فاقطعه وفصله فقال الخياط يكفيك ففصله الخياط ولم يكفه ضمن أرش تقطيعه ، لأنه انما أذنه فى قطعه بشرط كفايته فقطعه بدون شرط[5] .

واذا إكترى أرضا لزرع مدة لا يكمل ذلك الزرع فيها عادة ، وشرط المستأجر قلعه بعد مدة الاجارة صح العقد والشرط ، لأنه لا يفضى الى الزيادة على مدة ، وقد يكون له غرض فى ذلك لأخذه قصيلا أو غيره ، ويلزمه ما التزم[6] .

٣ ــ فى المزارعة والمساقاة : يصح اشتراط الجذاذ على العامل ، لأنه شرط لا يخل بمقصود العقد ، فصح كتأجيل الثمن وشرط الرهن والضمين فى البيع وان لم يشترط كان على العامل ورب المال بقدر حصتيهما ، لأنه انما يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبه نقل الثمرة الى المنزل .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨ ــ ٣٩ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٤ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٤ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣١٢ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣١٦ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ٣١٧ .
(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٢١ .

وقيـل : يكون الجـذاذ على[1] العامل • (أنظر مصطلح مزارعة ومساقاة) •

٤ ــ فى الشركة : يصح فى الشرط أن يشترط على الشريك ألا يتجـر الا فى نوع معـين من المتـاع كالحـرير والبز وثيـاب الكتان ونحـوها ــ سـواء كان مما يعم وجـوده أولا •• أو ألا يتجر الا فى بلد بعينه كمكة ونحـوها أو ألا يبيـع الا بنقـد كذا ، كدراهم ودنانير صفتهـا كذا ، أو ألا يسافر بالمـال أو ألا يبيـع الا من فـلان ، أو ألا يشترى الا من فلان فهـذا كله صـحيح سـواء كان الرجـل مما يكثر المتـاع عنده أو يقـل ، لأن الشركة تصرف باذن فصـح تخصيصـها بالنـوع والبـلد والنقـد والشخص كالوكالة[2] •

٥ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى عقـد النكاح شرط يحقق منفعـة للمرأة ولا ينافى مقتضى العقـد ، صـح الشرط كمـا لو اشترطت المرأة زيادة معـلومة فى مهـرها أو فى نفقتهـا الواجبـة ، أو اشترطت كون مهـرها من نقـد معين أو ألا ينقلهـا من دارها أو بلدها أو ألا يسـافر بهـا أو ألا يفرق بينهـا وبين أبويهـا أو ألا يفـرق بينهـا وبين أولادهـا ، أو على أن ترضـع ولدهـا الصـغير أو ألا يتزوج عليهـا ولا يتسرى ، أو شرط لهـا طلاق ضرتهـا ، أو بيـع أمتـه ، فهـذا النـوع من الشرط صحيح يلزم الزوج الوفـاء به وقـد روى ذلك عن عمر وسعد بن أبى وقاص ومعـاوية ابن أبى سفيان وعمرو بن العاص •

ويؤيده حديث « ان أحـق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » متفق عليـه ، وحديث المسلمون على شروطهم •

وروى الأثرم باسناده : أن رجـلا تزوج امرأة وشرط لهـا دارها ثم أراد نقلهـا ، فخاصموه الى عمر ، فقـال : لهـا شرطهـا ، فقـال الرجل : اذا يطلقننا ، فقـال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط •

ولأنه شرط لها منفعـة مقصوده لا تمنـع المقصـود من النكاح فكان لازما ، كمـا لو اشترطت كون المهر من غير نقد البلد •

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » فمعناه ليس فى حـكم الله وشرعه وهذا مشروع •• وهذا الشرط فيـه مصـلحة للمرأة وما كان من مصـلحة العـاقد كان من مصـلحة العقـد كاشتراط الرهن فى البيع[3] • ويسـن الوفاء بالشرط الصـحيح ، ولا يجب لأن عمـر لم يجبره بل قال : لها شرطها •

فان لم يف الزوج لهـا بشرطها فلهـا الفسـخ ، لمـا تقـدم عن عمـر ، لأنه شرط لازم فى عقـد ، فثبت لهـا حق الفسخ

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٦ ، ومنتهى الارادات ، ج ٢ ص ٢٤٠ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٧ ومنتهـى الارادات ج ٢ ص ٢٠٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ ــ ٥٣ .

بترك الوفاء به كاشتراط الرهن والضمين[١] فى البيـــع •

٦ ــ فى العارية : اذا أعار الأرض لغرس أو بناء وشرط المعير على المستعير قلع ما غرسه أو بنـــاه فى وقت معين ، أو عنـــد رجوعه ، لزم المســـتعير قلع ما غرســـه أو بنـــــاه عنـــد الوقت الذى ذكراه ، أو عنـــد رجـــوع المعير ولو لم يأمره بالقلع لقـــوله صـــلى الله عليـــه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » قال فى الشرح حديث صحيح ، ولأن المســـــتعير دخـــل فى العـــارية راضـــيا بالتزام الضرر الذى دخـــل عليـــه ، ولا يلزم رب الأرض نقض الغـــراس والبنـــاء ، ولا يلزم المستعير تســـــوية الأرض اذا حصـــل فيهـــا حفـــر لرضى المعير بذلك الا أنه اذا اشترط المعـــير عليـــه ذلك ، لزم المســـتعير ما اشترط عليه لدخوله على ذلك •

وان لم يشترط المعير على المستعير القـــلع لم يلزمه الا أن يضـــمن المعـــير له النقص ، لمفهـــوم قوله صـــلى الله عليـــه وســـلم « ليس لعرق ظالم حق » والمســـتعير انمـــا حصـــل غراســـه أو بنـــاؤه فى الأرض باذن ربهـــا ولم يشترط عليـــه قلعـــه ، فلم يلزمه لدخـــــول الضرر عليـــه بنقص قيمـــة ذلك ولأن العـــارية عقد ارفاق ومعـــونة والزامه بالقـــلع مجـــانا يخرجه الى حكم العـــدوان والضرر •

قال المجد بن تيمية فى شرحه • ومتى أمكن القـــلع من غير نقص أجبر عليه المستعير[٢] (انظر مصـــطلح عارية) •

٧ ــ فى الوقف : يصح اشتراط كلما لايؤدى الى الاخلال بالمقصـــود الشرعى للوقف ، فلو وقف على جمـــاعة كأولاده أو قبيـــلة كذا واستثنى زيدا لم يكن له شىء وكذا لو خص الموقوف عليهم بصـــفة كمـــا لو وقف على أولاده الفقهـــاء أو المشـــتغلين بالعلم فانه يختص بهم فلا يشاركهم[٣] من سواهم •

وان وقف الانسان على غيره ــ كأولاده أو مسجد ــ واستثنى كل الغـــلة لنفســـــه أو وقف على مســـجد ونحـــوه واســـتثنى الغـــلة لولده أو غـــيره مدة حيـــــاته أو مدة معينـــة ، أو اســـتثنى الأكل ممـــا وقفـــه ، أو استثنى النفقـــه عليه وعلى عياله ممـــا وقفه ، أو شرط الانتفاع لنفسه وعياله ونحوهم ولو كان الانتفـــاع بسكنى مدة حيـــاتهم ، أو شرط أن يطعم صديقه صح الوقف ، سواء قـــدر ما يأكله هو أو عيـــاله أو صـــــديقه ونحـــوه ، أو أطلقـــه لقـــول عمـــر رضى الله عنـــه لمـــا وقف : لا جنـــاح على من وليهـــا أن يأكل منهـــا ، أو يطعمـــه صديقا غير متمول فيـــه • وكان الوقف فى يده الى أن مات •

فلو مات الواقف المشروط له الســـــكنى ونحـــوها فى أثنـــاء المدة المعينة للســـــكنى

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ ــ ٥٣ . ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٦٧ ــ ٦٩ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٣ ــ ٣٣٤ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٥١ .

فلورثته السكنى ونحوها باقى المدة ، ولهم اجارتها للموقوف عليه ولغيره كما لو باع دارا واستثنى سكناها سنة[١] .

وكذا يجب العمل بالشرط أن اشترط عدم ايجار الوقف وقدر المدة ، كما لو شرط ألا يؤجر أكثر من سنة لم تجز الزيادة عليها ، لكن عند الضرورة يزاد بحسبها ، وعليه العمل .

ونقل عن أبى العباس : أن الشروط انما يلزم الوفاء بها اذا لم تفض الى الاخلال بالمقصود الشرعى ، ولا يجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعى بها ، فمن شرط فى القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول ، فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه فى الأمامة تقديم غير الأعلم[٢] .

٨ ــ الهبة : يصح فى الهبة أن يشترط بعض منافع الشىء الموهوب وتكون لمن شرطت له كما لو وهب دارا ونحوها واستثنى نفعها مدة معلومة كالبيع ، كما يصح أن يهب أمة ويستثنى ما فى بطنها كالعتق[٣] (أنظر مصطلح هبة) .

٩ ــ فى الحوالة : يصح اشتراط ما يحقق مصلحة فى عقد الحوالة .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٥١
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٥ .

ومن أمثلته ما لو رضى المحتال بالحوالة واشترط فى المحال عليه اليسار ، صح الاشتراط لحديث : المسلمون على شروطهم ، ولأنه شرط فيه مصلحة للعقد فى عقد معاوضة فكان كشرطه صفة فى البيع .

فان بان معسرا فله الرجوع على المحيل لفوات شرطه[٤] (انظر مصطلح حوالة) .

القسم الثانى : الشروط الباطلة : وهذه الشروط منها ما يبطل العقد ، ومنها ما لا يبطله بل يسقط الشرط ويصح العقد ونوضح كلا منهما فيما يأتى :

النوع الأول : الشروط الباطلة التى تبطل العقد ، وهى :

الأول : اشتراط عقد فى عقد :

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط أحد المتبايعين على الآخر عقدا آخر ، كشرط بيع آخر ، مثل أن يقول بعتك هذه الدار على أن تبيعنى هذه الفرس ، أو شرط سلف ، مثل أن يقول بعتك هذه على أن تقرضنى كذا ، أو شرط اجارة ، كقوله بعتك هذه على أن تأجرنى دارك بكذا ، أو شرط شركة كعلى أن تشاركنى فى كذا ، أو صرف ثمن كبعتك هذه بعشرة دنانير على أن تصرفها بمائة درهم أو شرط صرف غير الثمن كبعتك هذا الثوب على أن تصرف لى هذه الدنانير بدراهم ، فاشتراط

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٨ .

هـذا النـوع من الشروط يبطـل البيـع ، لأنه بيعتـان فى بيعـه ، والنبى صـلى الله عليـه وسـلم : نهى عن بيعتين فى بيعـه والنهى يقتضى الفسـاد ، قـاله الامـام أحمـد .

ويقـاس على ذلك كل ما كان فى معنى هذه الشروط مثـل أن يقـول بعتك دارى بكذا على أن تزوجنى ابنتـك ، أو على أن أزوجك ابنتى ، وكذا على أن تنفق على دارى ، أو حصتى من ذلك قرضـا أو مجـانا وقـد قال ابن مسـعود رضى الله عنـه « صفقتان فى صـفقة ربا » ولأنه شرط عقـدا فى آخر فلم يصـح كنكاح الشـغار[1] ، (انظـر مصطلح بيع) .

٢ ـ فى القرض : اذا اشترط المقرض أو المقترض على الآخـر أن يبيعـه شـيئا أو يؤجره أو يقرضـه لم يجـز ذلك ، لأنه كبيعتين فى بيعـه المنهى عنـه ، ولأنه كشرط المقـرض زيادة وهـدية وشرط ما يجـر نفعـا نحـو أن يسـكنه المقترض داره مجـانا أو رخيصـا أو يقبضـه خـيرا منه فان هـذا لا يجـوز لأن القرض عقـد ارفاق وقربة ، فاذا شرط فيـه الزيادة أخرجه عن موضـوعه .. وكشرط المقـرض عـلى المقترض أن يبيعـه شـيئا يرخصـه عليـه أو يعمـل له عمـلا أو ينتفـع بالرهن أو يسـاقيه على نخـل أو يزارعه على ضيعة أو يسـكنه المقـرض عقـارا بزيـادة على أجـرته أو يبيعـه شـيئا بأكثر من قيمته أو يستعمله فى صنعة ويعطيه أنقص من أجـرة مثله ونحـوه من كل ما فيـه جـر منفعـة فلا يجوز[2] .

٣ ـ فى الاجارة : ويعتبر من قبيـل بيعتين فى بيعـه ما جـاء فى كشاف القنـاع من أنه لو دفـع ثوبـا لخيـاط وقال لـه : ان خطته اليوم فبدرهم وان خطتـه غـدا فبنصفه .. أو قال أجرتك الدار بدرهم نقدا أو درهمين نسـيئة .. أو دفع أرضـه الى زارع وقال ان زرعتهـا برا فبخمسـة وان زرعتهـا ذرة فبعشرة ونحـوه لم يصـح وله أجـر مثله .. لأنه من قبيـل بيعتين فى بيعـة المنهى[3] عنه .

٤ ـ فى المساقاة : وكذا اشتراط عقـد فى عقـد المساقاة يبطلها .

جاء فى كشاف القناع أنه لو قال سـاقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على البستان الآخر بالربع لم يصـح ، لأنه كبيعتين فى بيعة المنهى عنه[4] » .

٥ ـ فى الشركة والمضاربة : اذا اشترط فى هذين العقدين عقد آخر ، كمـا اذا شرط عليـه قرضـا أو مضـاربة أخـرى ، فان هـذه الشروط تكون فاسـدة لأنهـا ليست

(١) منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٥ وكشـاف القناع ج ٢ ص ٤٠ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٤٠ .
(٣) منتهى الارادات هامش كشاف القنـاع ج ٢ ص ٢٥٥ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨١ .

من مصلحة العقد ولا من مقتضاه فأشبهت ما ينافيه ولا تفسد العقد ، لأن الشركة والمضاربة عقد على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح ، وهذا ما صححه فى الانصاف وغيره .

لكن مقتضى القواعد أنه اذا شرط عليه ذلك يفسد العقد ، لأنه كبيعتين فى بيعة المنهى عنه[1] .

٦ — فى النكاح : من الشروط الفاسدة التى تفسد عند النكاح نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما سكتا عنه أو شرطا نفيه ولو لم يقل : وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى وكذا لو جعلا بضع كل واحدة ودراهم معلومة مهرا للأخرى لما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق » متفق عليه . ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح ، كما لو قال بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى وليس فساده من قبل التسمية بل من جهة أنه وافقه على شرط فاسد ، ولأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فانه جعل تزويجه اياها مهرا للأخرى ، فكأنه ملكه اياها بشرط انتزاعها منه .

فان سموا لكل واحدة منهما مهرا كأن يقول زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل واحدة مائة . أو قال أحدهما ومهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون .. صح العقد عليها بالمسمى[2] (أنظر مصطلح نكاح) .

٧ — فى الضمان والكفالة : اذا اشترط فى الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول به أو المضمون بشخص آخر ، بأن قال : « أنا كفيل بفلان على أن يتكفل لى بفلان أو يضمنه لى أو أنا ضامن ما على فلان على أن يتكفل لى بفلان أو يضمنه لى ، أو كفل أو ضمن على أن يضمن المكفول به أو المضمون عنه دينا على الكفيل أو الضامن أو على أن يؤجره داره أو على أن يهبه كذا ، فلا يصح الضمان ولا الكفالة فى ذلك كله ، لأنه من قبيل بيعتين فى بيعة ، المنهى عنه[3] .

٨ — فى الهبة : اذا وهب شيئا واشترط على الموهوب له تصرفا آخر كما لو قال له : وهبتك هذا الشىء على أن تهب فلانا كذا فان الشرط فاسد ، وأما الهبة ففى صحتها وجهان .

والظاهر بطلان الهبة لأنه من قبيل بيعتين فى بيعة المنهى[4] عنه .

الثانى : اشتراط شرطين فى بيع .

جاء فى كشاف القناع أنه ان جمع بين

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٣ — ٥٤ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٢ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .

شرطين فى بيــع ولم يكونا ممــا يقتضــيه البيــع ولا ممــا يحقق مصلحته كاشتراط حمل الحطب المبيــع وتكســيره أو خيــاطة الثــوب المبيــع وتفصيله لم يصح البيــع ، لحديث عبــد الله بن عمــر عن النبى صــلى الله عليــه وســلم أنه قال : لا يحــل سلف وبيــع ولا شرطان فى بيــع ولا بيــع ما ليس عنــدك رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حســن صحيح .

أما اذا كان الشرطان المجموعان فى البيــع من مقتضى البيــع كاشتراط حلول الثمن مع تصرف كل منهمــا فيمــا يصــير اليــه فان هذه الشروط تصح بلا خلاف أو كانا يحققــان مصــلحة العقــد كاشتراط رهن وضمين[1] . معينين بالثمن فانه يصــح كمــا لو كانا من مقتضـــــاه » .

الثالث : اشتراط ما ينافى مقصود العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح ما ينافى مقصود العقد كما اذا اشترط نفى الحــل ، بأن تزوجهــا على ألا تحــل له فانه لا يصــح النــــكاح ، لاشــتراط ما ينافيــه[2] .

وكذا اذا اشترط الزوج فى النكاح طلاقها فى وقت ، ولــو كان هــذا الوقت مجهــولا فان هــذا الشرط يفســد العقد ، كالمتعة[3] .

وكذا (نكاح المحلل) وهو أن يتزوج المطلقة ثلاثا بشرط أنه متى أحلهــا للأول طلقهــا أو يتزوجها بشرط أنه متى أحلهــا للأول فلا نكاح بينهما أو اتفقــا على ذلك قبــل العقــد ولم يرجــع عن نيتــه عنــد العقــد .. فهــذا النكاح حــرام غير صــحيح لقــوله عليــه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجة والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عنــد أهــل العلم من أصحاب النبى صــلى الله عليه وســلم ومنهم عمر وابنه وعثمــان ، وهو قول الفقهاء من التابعين ، وروى ذلك عن على وابن عبــاس وقــال ابن مســـعود « المحلل والمحلل له ملعونان على لسان محمد صلى الله عليه وسلم[4] » .

٢ ــ فى القرض : اذا اشترط فى القــرض تأجيــل أو نقص فى وفاء لم يلزم ، لأنه شرط ينــافى مقتضى العقد[5] .

٣ ــ فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجــارة ما ينــافى مقتضــاها فســدت وذلك كمــا لو اكترى أرضــا لزرع مدة لا يكمل ذلك الزرع فيهــا عادة ، وشرط بقاء الزرع ليدرك بعــد مدة الاجــارة ، وكذا لو ســكت فلم يشترط قطعا ولا بقاء .

أما فى الصورة الأولى ، فلأنه جمــع بين متضــــادين ، لأن تقــــدير المــدة يقتضى التفــريغ بعــدها ، واشتراط التبقية يخالفه، ولأن مدة التبقية مجهولة .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩ .
(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ص ٥٦ .
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٦ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤ ــ ٥٥ .
(٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٨٩ .

وأما فى الصورة الثانية ، فلأنه أكتراها لزرع شىء لا ينتفع بزرعه فى مدة الاجارة . أشبه اجارة الأرض السبخة للزرع(١) .

٤ — فى المزارعة والمساقاة والمناصبة(٢) اذا اشترط فى هذه العقود ما يخالف مقتضاها فسدت وذلك كما لو دفع أرضه لمن يغرسها على أن الأرض والغراس بينهما فسد العقد .

قال فى المغنى : ولا نعلم فيه خلافا ، لأنه شرط اشتراكهما فى الأصل كما لو دفع اليه شجر المغروس مساقاة ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط فى المزارعة كون الأرض والزرع بينهما ، فلا يصحان(٣) .

وكذا ان شرط فى المساقاة أو المزارعة على أحدهما (المالك أو العامل) ما يلزم الآخر ، أو بعضه فسد الشرط والعقد ، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال(٤) ..

وان شرط المزارع أن يأخذ رب الأرض مثل بذره وأن يقتسما الباقى فهو شرط فاسد تفسد به المزارعة ، لأنه قد لا يخرج من الأرض الا ذلك القدر فيختص به المالك وربما لا تخرجه وموضوعها على الاشتراك .

وان شرط فى المزارعة أو المساقاة لأحدهما رب البذر والشجر والعامل قفزانا معلومة لم تصح لما تقدم .

وكذا لو شرط لأحدهما دراهم معلومة لم تصح ، لأنه ربما لا يخرج من الأرض الا ذلك فيؤدى الى الضرر ، أو شرط لأحدهما زرع ناحية معينة فسدت ، قال فى المغنى والمبدع ، باجماع العلماء .

وكذا تفسد أن اشترط لأحدهما ما على الجداول أما منفردا أو مع نصيبه ، واذا فسد العقد ففى المزارعة يكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجرة العامل ، وفى المساقاة يكون الثمر لصاحب الشجر وعليه أجرة العامل ، لأنه بذل منافعه بعوض لم يسلم له فرجع الى بدله ، وهو أجر المثل(٥) (أنظر مصطلح مزارعة ومساقاة ومناصبة) .

٥ — فى المضاربة : اذا اشترط فى المضاربة ما ينافى مقتضاها فسدت ، وذلك كما لو قال لشخص : خذ هذا المال مضاربة بشرط أن يكون الربح كله لك ، أو قال : خذه مضاربة والربح كله لى ، فانهما تفسد ، لأن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح ، فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح فى شركة العنان لأحدهما(٦) .

واذا اشترط فى الشركة والمضاربة لواحد من المتعاقدين جزء مجهول من الربح كحظ أو نصيب لم يصحا ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب أو اشترط دراهم

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢١ .

(٢) المناصبة دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه ويعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمرته أو منه .

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٨٠ .

(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨١ .

(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٦١ — ٢٦٢ .

معلومة لم تصح الشركة والمضاربة أيضا ، لأنه قد لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح وقد لا يربح فيأخذ جزءا من المال وقد يربح كثيرا فيتضرر من شرطت له وكذا لو شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح أحد السفرتين أو ربح تجارته فى شهر بعينه أو فى عام بعينه ، لم يصحا ، لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة[١] .

٦ — فى الحوالة : جاء فى كشاف القناع أنه « يشترط فى الحوالة تماثل الدينين فى الجنس والصفة وفى الحلول والتأجيل بأجل واحد » .

فلو كان الحقان المحال به والمحال عليه — حالين فشرط المحتال أن يؤخره أو يؤخر بعضه الى أجل ولو كان الأجل معلوما لم تصح الحوالة ، لأن الحال لا يتأجل ولو قيل يفسد الشرط ، وتصح الحوالة كالشروط الفاسدة فى البيع لكان أوفق بالقواعد[٢] . (أنظر مصطلح حوالة) .

٧ — فى الضمان والكفالة : اذا اشترط فى هذين العقدين ما ينافى مقتضاهما فسدا وذلك كما لو شرط فى الضمان أو الكفالة خيار ، كأن قال أنا ضمين بما عليه ، أو كفيل ببدنه على أن لى الخيار ثلاثة أيام مثلا ، فسد الضمان والكفالة لمنافاة الخيار لهذين العقدين[٣] . وكذا اذا قال : كفلت ببدن فلان على أن يبرىء فلان (زيد مثلا) الكفيل أو قال : كفلت بفلان على أن يبرىء المكفول عنه الكفيل من الكفالة فسد الشرط والعقد ، لأنه شرط فسخ العقد فى عقد ، فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر .

وكذا لو قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئنى من الكفالة بفلان الآخر ، أو قال ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من ضمان الدين الآخر ، أو قال ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من الكفالة بفلان ، فسد الشرط والعقد للتعليل المتقدم[٤] . (أنظر مصطلح كفالة وضمان) .

٨ — فى الوقف : واذا اشترط فى الوقف ما ينافى مقتضاه فسد ، وذلك كما لو شرط الواقف فى الوقف خيارا ، بأن قال : وقفته بشرط الخيار أبدا . أو مدة معينة شهرا أو سنة ، أو بشرط تحويل الوقف عن الموقوف عليه الى غيره ، بأن قال : وقفت دارى على كذا على أن أحولها عن هذه الجهة أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت لم يصح الوقف ، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف ، لأن مقتضاه التأبيد والتأقيت ينافيه، وكشرطه تغيير شرطه وكشرط بيعه متى شاء ، أو هبته أو متى شاء أبطله ونحوه لم يصح الوقف أيضا لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف[٥] . (أنظر مصطلح وقف) .

النوع الثانى : شروط باطلة تسقط ويصح العقد : وهذا النوع من الشروط تندرج تحت الشروط الآتية :

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٥٤ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٧ .
(٣) منتهى الارادات ج ٢ ص ١١٣ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨١ — ١٨٢ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤٦ ، ص ٤٤٨

الأول : شرط ينـــافى مقتضى العقد .

ومن أمثلته : ١ ـ فى البيـع : اذا اشترط فى العقـد ما ينـافى مقتضـاه ، نحـو أن يشترط ألا خسـارة عليـه ، أو أنه متى نفق المبيع (راج) والا رده أو يشترط البـائع على المشترى ألا يبيع المبيـع ، ولا يهبـه ولا يعتقه ، أى ألا يفعل واحدا من هـذه الشروط ، أو شرط البـائع ان أعتق المشترى المبيـــع فالولاء للبـائع ، أو يشترط البائع على المشترى أن يبيعـه أو يهبـه أو يعتقـه أو يقفـه فهـذا الشرط لا يبطل البيــع ، لحـــديث عائشـة قالت : جـاءتنى بريرة (الحديث تقـدم ذكره فى مذهب الحنفيـة والمالكية والشافعيـة) فقـد أبطل الرسول صـلى الله عليـه وسـلم شرط الولاء ولم يبطل العقـد[1] .

واذا لغـا الشرط وصـح العقـــد كان للذى فات غرضـه بفسـاد الشرط من بائع ومشـــتر (عـلم بفسـاد الشرط أو لم يعلم) فسـخ البيـع ، لأنه لم يسـلم له ما دخــل عليـــه من الشرط ، أو أرش (عوض) ما نقص من الثمن بالغـاء الشرط ان كان المشترط بائعـا .

فاذا باعه بأنقص من ثمنـه وشرط شرطا فاسدا فله الخيـار بين الفسـخ ، وبين أخذ أرش النقص ، لأنه انمـا باع بنقص لمـا يحصـل له من الغرض الذى اشترطه ، فاذا لم يحصـل غرضه رجع بالنقص .

وان كان المشترى قد اشترى بزيادة على الثمن وشرط شرطا فاسدا ، فله الخيـار بين الفسخ وأخذ ما زاد لمـا تقدم[2] .

٢ ـ فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجارة ما ينافى مقتضـاها فسـد الشرط فقط ، وذلك كمـا لو اشترط على المستأجر استيفاء المنفعـة بنفسه ، فان الشرط يفسـد ولا يلزم الوفاء به ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقـد ، اذ مقتضـاه ملك المنفعـة ، ومن ملك شيئا استوفاه بنفسه وبنائبه .

وكذا لو اشترط على المسـتأجر زرع بر فقط ، فلا يلزم الوفاء به وله زرع بر وما هـو مثله ضررا أو أقل منه ، وليس له أن يزرع ما هو أكثر منه ضررا .

وكذا لو اشترط على المستأجر ضـمان العين فالشرط فاسـد لمنافاته مقتضى العقـد (أنظر مصطلح[3] اجارة) .

٣ ـ فى النكاح والطلاق : اذا اشترط فى عقد النكاح ما ينـافى مقتضاه بطل الشرط وصح العقـد ،وذلك كما لو اشترط الزوجان أو أحدهمـا فى النـكاح الخيـار بأن قـال زوجتك بشرط الخيـار أبدا أو مدة ولو مجهولة أو شرطا أو أحدهما الخيار فى المهر ..أو عدم الوطء ، أو شرطت ان جاء بالمهـر فى وقت كذا ، والا فلا نكاح بينهمـا ، أو شرط الزوج عـدم المهـر ، أو عـدم النفقـة أو شرط قسـمة لهـا أقل من ضرتهـا ، أو أكثر

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٠ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤١ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٣ .

منهـا ، أو شرط ان أصدقهـا رجع عليهـا بمـا أصـدقه لهـا أو ببعضـه ، أو شرطت أن يعـزل عنهـا أو ألا يكون عنـدها فى الجمعة الا ليلة ، أو ألا تسلم نفسـها اليـه ، الا بعـد مـدة معينـة ، أو ألا يسـافر بهـا اذا أرادت انتقـالا ، أو أن يسكن بهـا حيث شاءت أو حيث شاء أبوها ، أو غيره من قريب أو أجنبى أن تسـتدعيه الى الجمـاع وقت حاجتهـا ، أو وقت ارادتهـا أو شرط الزوج لهـا النهـار دون الليـل ، أو شرط أن تنفـق عليـه ، أو أن تعطيـه شـيئا ونحـوه كأن شرطت عليـه أن ينفق عليها كل يـوم عشـرة دراهم مثـلا بطـل الشرط ، لأنه شرط ينـافى مقتضى العقد ، ويتضـمن اسـقاط حقـوق تجب بالعقـد ، قبـل انعقـاده فلم يصـح ، كما لو أسـقط الشـفيع شفعته قبـل البيـع ، وصـح العقـد ، لأن هـذه الشروط تعـود الى معنى زائد فى العقـد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهـل به فلم يبطله كمـا لو شرط فيـه صداقا محـرما ، ولأن النكاح يصـح مع الجهـل بالعـوض فجـاز أن ينعقـد مع الشرط الفاسد كالعتق •

وان طلق بشرط خيـار وقع طلاقه ولغـا شرطه كالنكاح وأولى(١) •

٤ ـ فى الشركة والمضاربة اذا اشترط فى هذين العقدين ما ينافى مقتضاهما ، فسـد الشرط وصح العقد •

وذلك كما لو اشترط الشريك أو رب المـال على شريكه أو على المضـارب ضـمان المـال أن تلف بلا تعـد أو تفريط •

أو شرط أن عليـه من الوضـيعة أى الخسارة أكثر من قدر ماله فسد الشرط وحده، لمنافاته لمقتضى العقـد •

وكذا لو شرط عليـه الارتفاق بالسـلع كلبس ثوب أو استخدام عبد أو ركوب دابة فسـد الشرط فيـه ، لأنه لا مصـلحة للعقد فيه ، فأشبه اشتراط ما ينافيه •

أو شرط عليـه ألا يفسـخ الشركة مـدة بعينها ، أو ألا يبيع الا برأس المـال أو أقل من رأس المـال أو ألا يبيع الا ممن اشترى منه أو ألا يبيع ، أو لا يشترى ، أو شرط عليه لزوم العقد فسد الشرط وحـده ، لمنـافاته مقتضى العقد(٢) ، لأنها تفوت المقصـود من عقد الشركة أو تمنع الفسخ الجـائز بحكم الأصـل ، والشركة والمضـاربة صـحيحة كالشروط الفاسـدة فى عقـد البيـع والنكاح ونحوهما(٣) • (أنظـر مصـطلح شركة ومضاربة) •

٥ ـ فى الوكالة : اذا اشترط فى عقد الوكالة ما ينـافى مقتضاه بطـل الشرط وصـح العقـد •

فـلو قال له : وكلتك بشرط أن تضـمن ما يتلف منك فاذا تلف منـه شىء بغير تفريط لم يضـمنه ، لأنه أمين والشرط لاغ ، لأنه

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٧ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٣ ـ ٧٤ •

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٨ •
(٣) منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٠٦ •

ينافى مقتضى العقد[1] . (أنظر مصطلح وكالة) .

٦ ـ فى الرهن : اذا اشترط فى عقد الرهن ما ينافى مقتضاه بطل الشرط وصح العقد ، وذلك كما لو شرط ألا يباع الرهن عند حلول الأجل ، أو الا يباع ما خيف تلفه مما يسرع اليه الفساد كالعنب والرطب ونحوه ، أو شرط بيعه بأى ثمن كان أو شرط ألا يبيعه الا بما يرضيه .. أو شرط كونه مضمونا على المرتهن أو مضمونا على العدل ، أو شرط ألا يقبضه ، أو ان جاءه بحقه فى محله فبها ، والا فالرهن له بالدين أو يبيع له بالدين الذى له على الراهن ، أو شرط الراهن أن المرتهن لا يستوفى الدين من ثمنه أو شرطا الخيار للراهن ، أو شرطا ألا يكون العقد لازما فى حق الراهن ، أو شرطا توقيت الرهن ، بأن قالا : هو رهن عشرة أيام مثلا ، أو شرطا أن يكون الرهن يوما رهنا ، ويوما لا يكون رهنا ، أو شرطا كون الرهن فى يد الراهن ، فالشرط فى كل ذلك فاسد ، لمنافاته مقتضى العقد ، والرهن صحيح مع فساد الشرط ، لحديث « لا يغلق الرهن » رواه الأثرم عن عبد الله بن جعفر ..

ووجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم نفى غلق الرهن دون أصله فدل على صحته وقيس عليه سائر الشروط الفاسدة[2] .

٧ ـ فى الهبة : لا يصح اشتراط ما ينافى عقد الهبة فاذا اشترط ذلك صح العقد وبطل الشرط .

ومن أمثلته ما اذا اشترط الواهب على المتهب ألا يبيع العين الموهوبة ولا يهبها ، أو ألا ينتفع بها أو وهبه عينا واشترط أن يبيعها أو يهبها فلا يصح الشرط ، لأن مقتضى الملك التصرف المطلق فالحجر فيه مناف لمقتضاه وتصح الهبة المشروط فيها ما ينافى مقتضاها ، كالشروط الفاسدة فى البيع[3] (أنظر مصطلح هبة) .

٨ ـ فى الوديعة : اذا اشترط فى الوديعة ما ينافى مقتضاها بطل الشرط وصح التصرف ، كما لو شرط رب الوديعة على الوديع ضمان الوديعة لم يصح الشرط ولم يضمنها الوديع ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ، أو قال الوديع : أنا ضامن للوديعة لم يضمن ما تلف بغير تعد أو تفريط ، وكذلك كل ما كان أصله الأمانة كالرهن والعين المؤجرة والموصى بنفعها ونحوها لا يصح شرط ضمانها ولا ضمانها[4] (أنظر مصطلح وديعة) .

٩ ـ العارية : وكذلك اذا اشترط فى العارية نفى ضمانها لغا الشرط ولم يسقط الضمان ، لأن كل عقد اقتضى الضمان ، لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع ، لأن شرط خلاف

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩٦ .

مقتضى العقد[1] فاسـد .. والعقـد صحيح (أنظر مصطلح عارية) .

١٠ ـ فى السبق والمناضلة[2] : لا يشترط فى السبق والمناضلة تعيين الراكبين ولا القوسين ولا السهام ولو عينها لم تتعين وكل ما تعين لا يجوز ابداله كالمتعين فى البيع ومالا يتعين يجوز ابداله لعذر وغيره .

فان شرط المتسابق ألا يرمى بغير هذا القوس أو بغير هذا السهم فهذا الشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى العقد[3] .

وان شرط المتسابقان أن السابق يطعم السبق بفتح[4] الموحدة أصحابه أو يطعمه بعضهم أو يطعمه غيرهم أو قال : ان سبقتنى فلك كذا أولا أرمى أبدا أو شهرا ، لم يصح الشرط ، لأن السبق عوض على عمل ، فلا يستحقه غير العامل ، كالعوض فى رد الآبق ، ويصح عقد المسابقة ، لأنها عقد لا تتوقف صحته على تسمية بدل فلم تفسد بالشرط الفاسد كالنكاح[5] .

وفى المناضلة يشترط استواء المتناضلين فى عدد الرشق وعدد الاصابة وفى صفتها وسائر أحوال الرمى .

فان اشترطا ما تتوت به المساواة لم يصح الشرط لمنافاته لموضوع المسابقة ، كما لو اشترطا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين أو اشترطا أن يصيب أحدهما خمسة وأن يصيب الآخر ثلاثة .. أو اشترطا أن يرمى أحدهما من بعد وأن يرمى الآخر من قرب . أو أن يرمى أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان أو أن يرمى أحدهما وعلى رأسه شىء والآخر خال عن شاغل ، أو شرطا أن يحط عن أحدهما واحد من خطئه لا عليه ولا له ، وأشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لمنافاته لموضوع المسابقة[6] .

الثانى : شرط يؤدى الى جهالة أو أمر غير مشروع .

ومن أمثلته : ١ ـ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يؤدى الى جهالة أو أمر غير مشروع بطل الشرط وصح البيع ، وذلك كما لو اشترط المشترى أن الطير المبيع يوقظه للصلاة ، أو أنه يصيح عند دخول الصلاة ، أو أن يكون الديك المبيع مناقرا أو الكبش مناطحا ، أو اشترط المشترى الغناء فى الجارية ، أو أن البهيمة تحلب فى كل يوم قدرا معلوما لم يصح الشرط ، لأنه اما أنه لا يمكن الوفاء به ، أو محرم فهو ممنوع شرعا ..

وكذا أن شرط أن الجارية المبيعة

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٣٦ .
(٢) السبق بسكون . الباء المجاراة بين حيوان ونحوه كالسفن والمناضلة وهى المسابقة بالسهام .
(٣) ٤ كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢٣ .
(٤) السبق بفتح الباء الجعل الذى يسابق عليه .
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢٥ .
(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٢٧ .

لا تحمل أو أنها تضع الولد فى وقت بعينه لم يصح الشرط لأنه لا يمكن الوفاء به[1] .

وكذا ان شرط الولاء للبائع فان الشرط يلغو ويصح العقد لحديث بريرة (وقد تقدم الاشارة اليه فى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية) .

وكذا لو شرط ضمينا أو كفيلا غير معين ، أو شرط خيارا أو أجلا مجهولين ، كان باعه بشرط الخيار وأطلق أو الى الحصاد ونحوه أو بثمن مؤجل الى الحصاد ونحوه ، أو شرط تأخير تسليم المبيع بلا انتفاع البائع به ، فان الشرط يلغو ويصح البيع قياسا على اشتراط الولاء للبائع[2] (أنظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الرهن وكذا لو شرط فى الرهن شرط لا يقتضيه العقد كالمحرم من خمر وخنزير ونحوهما ، أو شرط رهن المجهول المعدوم ومالا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد ونحو ذلك مما لا يصح بيعه ، فان الشرط يكون باطلا والعقد صحيحا[3] . (أنظر مصطلح رهن) .

٣ — فى الكتابة : اذا اشترط المكاتب فى كتابته أن يوالى من شاء فالشرط باطل ، والولاء لمن أعتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى قصة بريرة « فانما الولان لمن أعتق » متفق عليه[4] .

رأى ابن تيمية وابن القيم فى الشروط : يؤيد ابن تيمية أن الأصل فى الشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص أو قياس عند من يقول به ..

كما يرى أن الشرط المحذور هو الشرط الذى ينافى مقصود العقد ، كاشتراط الطلاق فى النكاح واشتراط الفسخ فى العقد[5] .

كما يرى ابن القيم أن الأصل فى الشروط الصحة الا ما أبطله الشارع[6] . أو نهى عنه .

مذهب الظاهرية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة .

ومن أمثلتها : ١ — فى البيع : ما جاء فى المحلى من أن كل شرط وقع فى حال عقد بيع من البائع والمشترى أو من أحدهما برضى الآخر فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، الا سبعة شروط فقط ، فانها لازمة والبيع صحيح ان شرطت فى البيع .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٣ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٤١ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٦٧٧ .
(٥) الفتاوى لابن تيمية المجلد الثالث ص ٣٢٣ .
(٦) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٣٤.

الشرط الأول : اشتراط الرهن فيما تبايعاه الى أجل مسمى ، لقوله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » .

ولا يجوز اشتراط الرهن الا فى البيع الى أجل مسمى فى السفر خاصة أو فى السلم الى أجل مسمى فى السفر خاصة أو فى القرض الى أجل مسمى خاصة مع الكاتب لقوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » ، وقال عز وجل « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » (الآية)[١] الى قوله تعالى « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة[٢] » فهنا يجوز اشتراط الرهن حيث أجازه الله تعالى ، والدين الى أجل مسمى لا يعدو أن يكون بيعا ، أو سلما ، أو قرضا ، فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأجيل ، لورود النصوص بوجوبه فى السلم ، وجوازه فى القرض والبيع فى السفر ، ولا يجوز فيما عدا ذلك أصلا ، لأنه لم يأت فى شىء من المعاملات سوى ما ذكر نص بجواز اشتراط التأجيل[٣] .

الشرط الثانى : اشتراط تأخير الثمن ان كان دنانير أو دراهم الى أجل مسمى: وانما جاز هذا الشرط لقوله تعالى « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه[٤] » .

الشرط الثالث : اشتراط الا خلابة يجوز اشتراط ذلك لما روى نافع عن ابن عمر قال : ان حبان بن منقذ سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان اذا بايع خدع فى البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار » وفى رواية بزيادة « ثم أنت بالخيار ثلاثا من بيعك »[٥] .

الشرط الرابع : اشتراط الصفات التى يتبايعان عليها من السلامة أو من ألا خديعة ومن صناعة العبد ، أو الأمة أو سائر صفات المبيع ، يجوز اشتراط ذلك لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٦] فنص الله تعالى على التراضى منهما ، والتراضى لا يكون الا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة[٧] .

الشرط الخامس : اشتراط أداء الثمن الى ميسرة وان لم يذكرا أجلا .

يجوز هذا الشرط لقوله تعالى :

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .
(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٨٧ — ٨٨ .
(٤) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ٤٠٩ .
(٦) سورة النساء الآية رقم ٢٩ .
(٧) المحلى ج ٨ ص ٤١٤ — ٤١٦ .

« وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » وروى عكرمة عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى يهودى قدمت عليه ثياب : ابعث الى بثوبين الى الميسرة »[1] .

الشرط السادس : اشتراط مال العبد المباع أو الأمة للمشترى سواء اشترطه كله أو بعضه أو اشترط مسمى معينا أم جزءا منسوبا مشاعا كان المال معلوما أم مجهولا .

يجوز اشتراط ذلك لما روى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع .

فمن ابتاع عبدا أو أمة لهما مال فما لهما للبائع ، الا أن يشترطه المبتاع فيكون له ولا حصة له من الثمن ، كثر أو قل ، وليس له حكم البيع أصلا .

فان كان فى مال العبد أو الأمة ذهب كثير أو قليل ، وقد ابتاع الأمة أو العبد بذهب أقل من ذلك الذهب أو مثله أو أكثر نقدا أو حالا فى الذمة أو الى أجل جاز كل ذلك ، وكذلك أن كان فيه فضة .

فان باع نصف عبده أو نصف أمته أو جزءا مسمى مشاعا فيهما جاز ذلك ، ولا يجوز

(١) نفس المرجع .

هنا اشتراط المال أصلا ، وكذلك لو باع نصيبه من عبد بينه وبين آخر .

فلو باع اثنان عبدا بينهما جاز للمشترى اشتراط المال لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر ذلك بلفظ الاشتراط كما قدمنا[2] والاشتراط غير البيع فليس له حكم البيع .. وقد ملك المال بالشرط الصحيح[4] .

وكذلك للمبتاع أن يشترط شيئا مسمى بعينه من مال العبد أو الأمة ، وله أن يشترط ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك[3] .

الشرط السابع : اشتراط الثمرة المؤبرة للمشترى : وانما جاز هذا الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم (فيما رواه ابن عمر) ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع .

والتأبير فى النخل هو ان يشق الطلع ويذر فيه دقيق الفحال .

وأما قبل الابار فالطلع للمبتاع ولا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط .

وأما البيع فلا يجوز حتى يصير زهوا[4] . فاذا أزهى جاز فيه الاشتراط

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٢ — ٤٢٣ .
(٣) نفس المرجع ج ٨ ص ٤٢٣ — ٤٢٤ .
(٤) الزهو : البسر الملون .

مع الأصول وجاز فيه البيع مع الأصول ودون الأصول •

وليس هذا الحكم الا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص •

ولو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا لأنه خلاف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم •

وأما سائر الثمار فان من باع الأصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها ، فالثمرة للبائع لا يحل بيعها لا مع الأصول ولا دونها ولا اشتراطها أصلا •

وأما تخصيص النخل بما ذكرنا ، فلأن النص لم يرد الا فيها فقط مع وجود الآبار •

ولا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط ما لم تزه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى وتحمر ، فلا يجوز بيعها قبل أن تزهى أصلا ، واباح عليه السلام اشتراطها ، فيجوز ما أجازه عليه السلام ويحرم ما نهى عنه[1] • وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى[2] •

وللمشترى أن يشترط الثمرة المؤبرة جميعها أو نصفها أو ثلثها أو جزءا مسمى مشاعا فى جميعها أو شيئا منها معينا[3] •

ومن باع نخلة أو نخلتين وفيها ثمر قد أبر لم يجز للمبتاع اشتراط ثمرتها أصلا •

ولا يجوز هذا الشرط الا فى ثلاث نخلات فصاعدا لأن النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله « من باع نخلا » لم يجز هذا الشرط الا فى النخل وأقل ما يقع عليه اسم النخل ثلاث فصاعدا[4] •

٢ — فى النكاح : اذا اشترطت سلامة الزوجة من العيوب فى عقد النكاح ثم وجد الزوج عيبا أى عيب كان فالنكاح مفسوخ مردود لا خيار له فى أجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل أو لم يدخل ، لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوجها ، ولأن السالمة غير المعيبة فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[5] •

ومن أعتق أمة على أن يتزوجها وجعل عتقها صداقها لا صداق لها غيره ، فهو صداق صحيح ، ونكاح صحيح ، وسنة فاضلة •

فان طلقها قبل الدخول فهى حرة ولا يرجع عليها بشىء •

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٢٤ .
(٢) الآية رقم ٣ ، ٤ من سورة النجم .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٤٢٦ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ٤٢٦ — ٤٢٧ .
(٥) المحلى ج ١٠ ص ١١٥ .

فلو أبت أن تتزوجه بطل عتقها وهى مملوكة له كما كانت .. لما روى عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها(١) .

القسم الثانى : الشروط الباطلة التى تبطل التصرف .

ومن أمثلته ١ — فى البيع : لا يحل بيع جارية بشرط أن توضع على يدى عدل حتى تحيض ، رائعة كانت أو غير رائعة والبيع بهذا الشرط فاسد(٢) .

ولا يحل بيع عبد أو أمة على أن يعطيها البائع كسوة ، قلت أو كثرت ولا بيع دابة على أن يعطيها البائع أكافها أو رسنها أو بردعتها ، والبيع بهذا الشرط باطل مفسوخ لا يحل(٣) .

ولا يجوز بيع السلعة على أن تكون رهنا عن ثمنها ، فان وقع فالبيع مفسوخ ، ولكن يجوز للبائع امساك سلعته حتى ينتصف من ثمنها ان كان مالا ، والا فليس له ذلك ، وهذا لأنه قد اشترط منع المشترى من قبض ما اشتراه مدة مسماة ، وهذا شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل ، وأيضا فان المشترى لا يملك ما اشترى الا بتمام عقد البيع بينهما والبيع لا يتم الا

(١) المحلى ج ٩ ص ٥٠١ — ٥٠٧ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٨ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٤٢٨ — ٤٢٩ .

بالتفرق أو التخيير فما لم يتم يكون الشىء المبيع ملكا للبائع(٤) .

ولا يحل بيعتان فى بيعة مثل أبيعك سلعتى بدينارين على أن تعطينى بالدينارين كذا وكذا درهما ، أو كمن ابتاع سلعة بمائة درهم على أن يعطيه دنانير كل دينار بعدد من الدراهم ، ومثل أبيعك سلعتى هذه بدينارين نقدا ، أو بثلاثة نسيئة ، ومثل أبيعك سلعتى هذه بكذا وكذا على أن تبيعنى سلعتك هذه بكذا وكذا .

فهذا كله حرام مفسوخ محكوم عليه بحكم الغصب .. لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة .

وما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من باع بيعتين فله أوكسهما أو الربا .

كما روى عن محمد بن سيرين قال « شرطين فى بيع : أبيعك الى شهر بعشرة فان حبسته شهرا فتأخذ عشرة (أى أخرى) قال شريح : أقل الثمنين وأبعد الأجلين أو الربا ، قال عبد الله : فسألت أبى فقال : هذا بيع فاسد(٥) .

ولا يجوز البيع بشرط البراءة من كل عيب ، ولا على ألا يقوم على بعيب ان وجد

(٤) نفس المرجع ج ٨ ص ١٠٠ — ١٠١ .
(٥) المحلى ج ٩ ص ١٥ — ١٦ .

وأنه برىء منه ، والبيع بهذا الشرط فاسد مفسوخ ، لأنه انعقد على شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ولأنه غش والغش محرم قال عليه السلام : « من غشنا فليس منا » وقال عليه السلام « الدين النصيحة لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

ومن باع بالبراءة من العيوب فلا يخلو من أن يكون أراد بذلك ألا يقام عليه بعيب ان وجد وأنه برىء منه فقد ذكرنا أن البيع باطل ، أو يكون أراد فيه كل عيب فهذا باطل بيقين ، لأن الحمى عيب وهى من حر والفالج عيب وهو من برد وهما متضادان ، وكل بيع انعقد على الكذب والباطل ، فهو باطل ، ولا فرق فى هذا بين أن يسمى العيوب كلها أو بعضها أولا يسميها[1] .

ولا يجوز بيع شىء بأكثر مما يساوى ، أو بأقل مما يساوى اذا اشترط البائع أو المشترى السلامة الا بمعرفة البائع والمشترى معا بمقدار الغبن فى ذلك ورضاهما به .

فان اشترط أحدهما السلامة ووقع البيع كما ذكرنا ولم يعلما قدر الغبن أو علمه غير المغبون منهما ، ولم يعلمه المغبون ، فهو بيع باطل ، مفسوخ مضمون على من قبضه ضمان الغصب ، وليس لهما اجازته الا بابتداء عقد .. لقوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولا يكون التراضى الا على قدر معلوم ، ولا شك أن من لم يعلم بالغبن ولا بقدره لم يرض به[2] .

ومن باع سلعة بثمن مسمى حالة ، أو الى أجل مسمى قريبا أو بعيدا فله أن يبتاع تلك السلعة من الذى باعها منه بثمن مثل الذى باعها به منه ، وبأكثر منه وبأقل حالا والى أجل مسمى أقرب من الذى باعها منه اليه أو أبعد أو مثله كل ذلك حلال ، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور فى نفس العقد ، فان كان عن شرط فهو حرام مفسوخ محكوم فيه بحكم الغصب .. لأنه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل[3] .

ولا يحل بيع سلعة مشتراة بشرط أن يربحه للدينار درهما ، ولا على أنى أربح معك فيه كذا وكذا درهما ، فان وقع فهو مفسوخ أبدا ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأنه بيع بثمن مجهول ، لأنهما انما تعاقدا البيع على أنه يربح معه للدينار درهما .. فهذا بيع الغرر الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم[4] .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٤ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٣٩ — ٤٤٢ .

(٣) المحلى ج ٩ ص ٤٧ — ٥٢ .

(٤) المحلى ج ٩ ص ١٤ — ١٥ .

٢ ــ فى الصرف : ومن صارف غيره دنانير بدراهم فعجز عن تمام مراده فاستقرض من مصارفه أو من غيره ما أتم به صرفه فحسن ما لم يكن عن شرط فى الصفقة(١) .

٣ ــ فى الصلح : لا يجوز فى الصلح الذى يكون فيه ابراء من البعض اشتراط التأجيل أصلا ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ، لكنه يكون حالا فى الذمة ينظره به ما شاء بلا شرط ، لأنه فعل خير(٢) .

٤ ــ فى الاجارة : لا يجوز فى الاجارة تعجيل الأجرة ، ولا تعجيل شىء منها ، ولا اشتراط تأخيرها الى أجل ، ولا تأخير شىء منها كذلك .

ولا يجوز أيضا اشتراط تأخير الشىء المستأجر ولا تأخير العمل المستأجر له طرفة عين فما فوق ذلك ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

ومن هذا استئجار دار مكتراة أو عبد مستأجر أو دابة مستأجرة أو عمل مستأجر أو غير ذلك قبل تمام الاجارة التى هو مشغول فيها ، لأن فى هذا العقد اشتراط تأخير قبضه الشىء المستأجر أو العمل المستأجر له(٣) .

ولا تجوز مشارطة الطبيب على البرء أصلا لأنه بيد الله تعالى لا بيد أحد ، وانما الطبيب معالج ومقو للطبيعة بما يقابل الداء ، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة الداء فالبرء لا يقدر عليه الا الله تعالى(٤) .

ولا يجوز أن يشترط على المستأجر للخياطة احضار الخيوط ولا على الوراق القيام بالحبر ، ولا على البناء القيام بالطين أو الصخر أو الجيار وهكذا فى كل شىء .. لأنه اجارة وبيع معاقد اشترط أحدهما مع الآخر فحرم ذلك من وجهين :

أحدهما أنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

والثانى أنه بيع مجهول واجارة مجهولة لا يدرى ما يقع من ذلك للبيع ولا ما يقع منه للاجارة فهو أكل مال بالباطل .

فان تطوع كل من ذكرنا باحضار ما ذكرنا من غير شرط جاز ذلك لأنه فعل خير(٥) .

فى السلم : لا يجوز فى السلم أن يشترطا دفع المسلم فيه فى مكان معين ، فان فعلا فالصفقة كلها فاسدة مفسوخة محكوم فيها بحكم الغصب .. لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، لكن

---

(١) نفس المرجع ج ٨ ص ٥١٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٨ ص ١٦٥ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ١٨٣ ــ ١٨٤ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ١٩٦ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١٩٦ ــ ١٩٧ .

حق المسلم قبل المسلم اليه ، أنه حيثما لقيه عند محل الأجل فله أخذه ليدفع حقه اليه ، فان غاب أنصفه الحاكم من ماله ان وجد له بقول الله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها[1] فهو مأمور بأداء أمانته حيث وجبت عليه ..

وكذلك يفسد السلم اذا اشترط فيه كفيل ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى . وأما اشتراط الرهن فيه فهو جائز لورود النص فيه كما سبق أن بينا[2] .

٦ — فى القرض : لا يحل للمقترض أن يقضى ما عليه من غير نوع ما استقرض سواء اشترط ذلك أو لم يشترط مثل أن يقرضه ذهبا فيرد عليه فضة أو غير ذلك .. لأنه اذا رد عليه غير ما كان عليه فقد أخذ غير حقه ، ومن أخذ غير حقه فقد أكل المال بالباطل وهو منهى عنه[3] .

وهدية الذى عليه الدين الى الذى له عليه الدين حلال ، وكذلك ضيافته اياه ، ما لم يكن شىء من ذلك عن شرط .

فان كان عن شرط فهو حرام ، لما روى عن أبى شريح العدوى أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته يومه وليلته ، والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة » .

وكان عليه السلام يأكل الهدية وقال عليه السلام لو أهدى الى ذراع لقبلت « فهذا عموم لم يخص عليه السلام من ذلك غريما من غيره »[4] .

٧ — فى المزارعة والمساقاة : اذا تطوع صاحب الأرض بأن يسلف العامل بذرا أو دراهم أو يعينه بغير شرط جاز ، لأنه فعل خير وتعاون على بر وتقوى ، فان كان شىء من ذلك عن شرط فى نفس العقد بطل العقد وفسخ ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى وعقد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الذين دفع اليهم خيبر انما كان كما أوردنا قبل أن يعتملوها بأموالهم[5] .

(أنظر مصطلح مساقاة ومزارعة) .

وليس لهم اشتراط شىء يزرع فى الأرض فان اشترطوا ذلك فى العقد فسد الا أن يشترط صاحب الأرض ألا يزرع العامل . فيها ما يضر بأرضه أو شجره ان كان له فيها شجر فهذا واجب ، لأن خلافه فساد واهلاك للحرث قال الله تعالى « ان الله لا يحب المفسدين » وقال تعالى

(١) سورة النساء الآية رقم ٥٨ .
(٢) المحلى ج ٩ ص ١١٠ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٧٩ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ٨٥ — ٨٦ .
(٥) نفس المرجع ج ٨ ص ٢٢٤ .
(٦) المحلى ج ٨ ص ٢٢٥ .

« ليهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد » .

ومن أصاب منهما ما تجب فيه الزكاة فعليه الزكاة ومن قصر نصيبه عما فيه الزكاة فلا زكاة عليه .

ولا يحل[1] اشتراط الزكاة من أحدهما على الآخر ، لقول الله تعالى « ولا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى .

ولا يجوز أن يشترط على صاحب الأرض فى المزارعة والمغارسة والمعاملة فى ثمار الشجر لا أجير ، ولا عبد ، ولا سانية ، ولا قادوس ، ولا حبل ولا دلو ولا عمل ولا شىء أصلا ، وكل ذلك على العامل .

فلو تطوع صاحب الأصل بكل ذلك أو ببعضه فحسن[2] بغير شرط جاز .

٨ ــ فى القراض : لا يجوز أن يشترط فى القراض عبدا يعمل معه أو أجيرا يعمل معه أو جزءا من الربح لفلان لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل[3] .

٩ ــ فى الشركة : لا يحل للشريكين فصاعدا أن يشترطا أن يكون لأحدهما من الربح زيادة على مقدار ماله فيما يبيع ، ولا أن يكون عليه خسارة ، ولا أن يشترطا أن يعمل أحدهما دون الآخر ، فان وقع شىء من ذلك فهو باطل مردود ، وليس له من الربح الا ما يقابل ما له من المال ، وعليه من الخسارة بقدر ذلك ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى[4] .

ومن كانت بينهما الدابة مشتركة لم يجز أن يتشارطا استعمالها بالأيام ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل[5] .

١٠ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح شرط فاسد مثل أن يؤجل الصداق الى أجل مسمى أو غير مسمى ، أو يؤجل بعضه الى أجل كذلك ، أو عقد النكاح على ألا ينكح عليها ، أو ألا يتسرى عليها ، أو ألا يرحلها عن بلدها ، أو عن دارها ، أو ألا يغيب مدة أكثر من كذا ، أو على أن يعتق أم ولده فلانة ، أو على أن ينفق على ولدها ، أو شرط هبة كذا ، أو بيع كذا ، أو نحو ذلك ، فهو نكاح فاسد مفسوخ أبدا ، وان ولدت له الأولاد ، ولا يتوارثان ، ولا يجب فيه نفقة ولا صداق ولا عدة ، لأن هذه شروط ليست فى كتاب الله تعالى ، ولأن كل ذى عقل يعلم ان كل ما عقدت صحته بصحة أمر لا يصح ، فانه لا يصح ، فكل نكاح عقد على ألا صحة له الا بصحة الشروط المذكورة فلا صحة له واذا كان غير

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٢٦ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٢٣٢ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٤٧ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ١٢٤ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١٢٦ .

صحيح فلا تكون زوجة ، واذا لم تكن زوجة فان كان عالما فعليه حد الزنا ولا يلحق به الولد •• وان كان جاهلا فلا حد عليه والولد لا حق به[١] •

وكذا يفسخ النكاح اذا اشترط فيه ألا صداق عليه لأن الله تعالى يقول « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فقد أمر الله تعالى به واشتراط ألا صداق مخالف لما أمر الله به •

ويجوز بغير[٢] ذكر صداق لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » •

وأيضا لا يحل نكاح الشغار وهو أن يتزوج هذا وليه هذا على أن يزوجه الآخر وليته أيضا سواء ذكرا فى كل ذلك صداقا لكل واحدة منهما ،أو لأحداهما دون الأخرى ، أو لم يذكرا فى شىء من ذلك صداقا ، كل ذلك سواء يفسخ أبدا ، ولا نفقة فيه ، ولا ميراث ، ولا صداق ، ولا شىء من أحكام الزوجية ، ولا عدة •

فان كان عالما فعليه الحد كاملا ولا يلحق به الولد •

وان كان جاهلا فلا حد عليه والولد له لاحق •

وان كانت هى عالمة بتحريم ذلك فعليها الحد •

وان كانت جاهلة فلا شىء عليها ، لما روى أن العباس بن عبد الله بن العباس ابن عبد المطلب أنكح ابنته عبد الرحمن ابن الحكم بن أبى العاص بن أمية ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا ، فكتب معاوية الى مروان يأمره بالتفريق بينهما ، وقال معاوية فى كتابه : هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم[٣] •

واذا تزوج شخص المطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول ، فان اشترط فى العقد انه يطلقها اذا وطئها فهو عقد فاسد مفسوخ ولا تحل له به •• وان لم يشترط ذلك فى العقد جاز ، ويكون بالخيار ان شاء طلقها ، وان شاء أمسكها فان طلقها حلت للأول[٤] •

١١ — فى الضمان : لا يجوز أن يشترط فى عقد بيع ، ولا فى سلم ، ولا فى مداينة أصلا اعطاء ضامن ، ولا يجوز أن يكلف أحد فى خصومة اعطاء ضامن به ، لئلا يهرب ، وكل ذلك باطل ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأنه تكليف ما لم يأت نص من الله تعالى ولا من رسوله عليه الصلاة والسلام بايجابه[٥] • (أنظر مصطلح كفالة) •

ولا يجوز أن يشترط فى ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع،

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٩١ — ٤٩٤ .
(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٦٦ .

(٣) المحلى ج ٩ ص ٥١٥ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ١٨٠ — ١٨٧ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١١٩ .

ولا أن يشترط ذلك الضامن فى نفسه ، وفى المضمون عنه ، ولا أن يشترط أن يأخذ المليء منهما عن المعسر والحاضر عن الغائب ، وذلك لأنه ضمان لم يستقر عليهما ولا على واحد منهما بعينه ، وانما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه لا يدرى على أيهما يستقر فهو باطل ، لأن ما لم يصح على المرء بعينه حين عقده اياه فمن الباطل أن يصح عليه بعد ذلك فى حين لم يعقده فيه ولا التزمه ، فاذا ضمن اثنان فصاعدا حقا على انسان فهو بينهم بالحصص(١) .

١٢ — فى العارية : العارية غير مضمونة أن تلفت من غير تعدى المستعير سواء ما غيب عليه من العوارى وما لم يغب عليه منها .

فان اشترط الضمان على المستعير فهذا الشرط باطل ، لأنه ليس فى كتاب الله تعالى ، ولما روى عن على بن أبى طالب قال : « العارية ليست بيعا ولا مضمونة انما هو معروف الا أن يخالف فيضمن (أنظر مصطلح عارية) .

١٣ — فى الهبة : لا تجوز الهبة بشرط أصلا كمن وهب أمة على ألا يبيعها الموهوب، أو على أن يولدها أو غير ذلك من الشروط كما لا تجوز الهبة التى يشترط فيها الثواب أصلا ، وهى فاسدة مردودة ، لأن هذا الشرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأن فى القرآن المنع منه بعينه قال الله تعالى « ولا تمنن تستكثر » وعن قتاده عن ابن عباس فى قول الله تعالى « وما آتيتم من ربا » قال هو هدية الرجل أو هبة الرجل يريد أن يثاب أفضل منه فذلك الذى لا يربو عند الله ، ولا يؤجر عليه صاحبه ولا اثم عليه ، قال على : هذا اذا أراده بقلبه ، وأما اذا اشترطه فعين الباطل والأثم(٢) .

١٤ — فى الوصية : اذا أوصى شخص لأم ولده ما لم تنكح فهو باطل ، الا أن يوقف عليها وقفا من عقاره ، فان نكحت فلا حق لها فيه ، لكن يعود الوقف الى وجه آخر من وجوه البر ، فهذا جائز .

وانما بطلت الوصية لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، وأيضا فانه لا يعلم هل تستحق هذه الوصية أم لا الا بموتها ، وهى بعد الموت لا تملك شيئا ولا تستحقه

وأما ادخالها فى الوقف بصفة فهذا جائز لأنه تسبيل يوقف فيه عند حد المسبل وليس تمليكا لرقبة الوقف(٣) .

١٥ — فى العتق ولا يجوز عتق بشرط أصلا ولا باعطاء مال الا فى الكتابة فقط ولا بشرط خدمة ولا بغير ذلك(٤) .

---

(١) المحلى ج ٨ ص ١١٨ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ١١٨ — ١٢٠ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ٣٤٢ .
(٤) المحلى ج ٩ ص ١٨٥ — ١٨٧ .

١٦ ــ فى الكتابة : ولا تحل الكتابة على شرط خدمة ولا على عمل بعد العتق ، ولا على شرط لم يأت به نص أصلا والكتابة بكل ذلك باطلة ، لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل(١) .

القسم الثالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد .

ومن أمثلتها : ١ ــ فى عقد البيع : ما جاء فى المحلى من أنه لا يحل بيع سلعة على أن يوفيه الثمن فى مكان مسمى ولا على أن يوفيه السلعة فى مكان مسمى ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل لكن يطالبه البائع بايفائه الثمن حيث هما أو حيث وجده هو أو كيله من بلاد الله تعالى ان كان الثمن حالا لأمر الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم باعطاء كل ذى حق حقه وليس على البائع ، الا ألا يحول بين المشترى وبين ما باع منه فقط(٢) .

٢ ــ العمرى والرقبى : هبة صحيحة تامة يملكها المعمر والمرقب كسائر ماله يبيعها ان شاء وتورث عنه ، ولا ترجع الى المعمر ولا الى ورثته سواء اشترط أن ترجع اليه أو لم يشترط وشرطه لذلك ليس بشىء .

والعمرى هى أن يقول : هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الشىء عمرى لك ، أو قد أعمرتك اياها ، أو هى لك عمرك ، أو قال : حياتك أو قال : رقبى لك ، أو قد أرقبتكها ، كل ذلك سواء ، لما روى عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعمر عمرى له ولعقبه فهى له بتلة ولا يجوز للمعطى فيها شرط ولا ثنيا » وما روى عن نافع : أنه قال : سأل رجل ابن عمر عمن أعطى ابنا له بعيرا حياته فقال ابن عمر : هو له حياته وموته « وعن ابن عباس من أعمر شيئا فهو له »(٣) .

٤ ــ فى الوقف : من حبس وشرط أن يباع الحبس أن احتيج صح الحبس لخروج الشىء المحبوس بهذا اللفظ الى الله تعالى ، وبطل الشرط ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، وهما فعلان متغايران ، الا أن يقول : لا أحبس هذا الحبس الا بشرط أن يباع ، فهذا لم يحبس شيئا ، لأن كل حبس لم ينعقد الا على باطل لم ينعقد أصلا(٤) .

مذهب الزيدية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة : ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : اشتراط وصف فى محل العقد .

ومن أمثلته : فى البيع : اذا اشترط فى المبيع وصف لا يؤدى الى جهالة صح البيع

(١) المحلى ج ٩ ص ٢٤١ ــ ٢٤٣ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٧ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ١٦٤ ــ ١٦٧ .
(٤) المحلى ج ٩ ص ١٨٣ .

والشرط ، وذلك كاشتراط أن تكون البقرة المبيعة لبونا — أى ذات لبن فى الماضى — فان كان للمبالغة فى كثرة اللبن فسد البيع وكاشتراط أن تغل الأرض المبيعة أو الشجرة كذا ، وأراد بذلك كونه صفة ثابتة فى الزمن الماضى ، فلو جعله شرطا فى المستقبل لم يصح ..

ويعرف حصول الوصف بأول المدة المستقبلة ، بأن تغل مثل ذلك فى أول ثمرة أو تحلب مثل ذلك فى أول حلبة مع سلامة حالها وانتفاء الضار فى تلك المدة ، كالبرد ونحوه ، وحصول ما تحتاج اليه ويعتاد للبقرة مثلا والشجرة والأرض من العلف والمحل والسقى والحرث ونحو ذلك ..

فاذا وجد الشرط نفذ العقد ، وعدم الخيار وان لم يوجد فخيار فقد الصفة باق ، وكذا لو شرط كون الحيوان فتيا أو هملاجا أو الثوب شاميا أو صنعانيا أو نحو ذلك صح[1] .

الثانى شرط يلائم مقتضى العقد .

ومن أمثلته : فى البيع : ما اذا اشترط البائع كفيلا أو رهنا فى الثمن أو فى المبيع أو شرط المشترى كفيلا فى الثمن ان استحق المبيع فانه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معينا أم لا .

فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل فللبائع الفسخ ولا اجبار فى تسليم الرهن لأن من شرط الرهن التراضى[2] .

الثالث : اشتراط أمر مشروع .

ومن أمثلته : فى البيع : ما اذا اشترط فى البيع خيار معلوم لشخص معلوم حال العقد .. أو اشترط تأخير المطالبة بالثمن كتأجيله مدة معلومة ، صح العقد والشرط .

فان اشترط مدة مجهولة كتأجيله الى الصيف أو الخريف .. أو مجىء القافلة ونحو ذلك من الآجال المعلقة بوقت غير معلوم فلا يصح[3] .

الرابع : شرط يصح أفراده بالعقد ، ومن أمثلته : فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يصح أفراده بالعقد ، كأن يشترى منه طعاما أو غيره على أن يوصله البائع الى منزل المشترى ، فان ذلك يصح ، كما لو استأجره على ذلك دون أن يكون هناك بيع ، وكذا لو اشترى منه زرعا على أن يحصده البائع صح ذلك ، لأنه من تمام العقد .

فان لم يف البائع بما شرط عليه أجبر أن أمكن والا كان للمشترى الخيار .

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٣ — ٣٧٤ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٠ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٢ ، ص ٣٧٤

فان اختار تمام البيع قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة ..

ومن هذا النوع من الشروط ما لو اشترى شجرة واشترط على البائع بقاءها فى قرارها مدة معلومة ، فانه يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة فى بقائها كمد الأثواب عليها للتشمس ، وذكر له مدة معلومة صح البيع فان لم تكن له منفعة فى بقائها فلا يصح لأنه بالشرط رفع موجب العقد[1] .

الخامس : استثناء بعض منافع محل العقد :

ومن أمثلته : فى البيع : اذا استثنى البائع بعض منافع المبيع ، كما لو باع بهيمة واشترط البائع أن ترضع ولدها مدة معلومة فانه يصح ، لأنه بيع واستثناء لا بيع وشرط وكذا لو شرط البائع الركوب الى موضع معلوم صح .

وهذا بخلاف ما لو اشترى فصيلا وشرط على البائع ارضاعه فان الشرط لا يصح ويفسد العقد ، لأن ارضاع الفصيل لا يصح أفراده بالعقد ، لعدم صحة الاستئجار على الرضاع ، لتضمنه بيع المعدوم[2] .

السادس : شرط فيه مصلحة :

ومن أمثلته : ١ ـ فى المضاربة اذا اشترط المالك فى المضاربة شرطا يؤدى الى حجر العامل عن بعض التصرفات ، كان يقول له لا تتجر فى الجنس الفلانى ، أو لا تشتر من فلان ، أو لا تشتر بعد سنة ، أو لا تسافر ، أو لا تبع بنسأ أو فى بلد كذا ، فانه يصح هذا الحجر ، ولا يمنع من صحتها .

بخلاف ما لو قال : لا تبع الا من فلان ، فان هذا الشرط يفسد المضاربة وكذا لو قال : لا تبع الا بنسأ ، ومراده لأجل زيادة الثمن فى البيع بنسأ فسد العقد .

وفى الصور التى يصح فيها الشرط : على العامل أن يمتثل فان خالف أمر المالك أو غرضه فيما جر عليه أثم وضمن التالف من المال ، فان لم يتلف المال لم ينعزل اذا خالف فيما هو حفظ كالسفر والنسيئة والمكان .. وان خالف فى التجارة كشراء ما نهى عنه أو ممن نهى عنه .. فانه ينعزل فى تلك الصفقة فقط ، فان أجاز المالك تصرفه بعد ذلك صح ان أضاف الشراء الى المالك لفظا أو نية ، ثم ان لم يربح فلا شىء له ، وان ربح فله الأقل من المسمى وأجرة المثل (أنظر مصطلح مضاربة)[3] .

---

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٣) التاج المذهب ج ٣ ص ١٥٣ .

٢ ــ فى الابراء : يصح تقييد الابراء بالشرط كأن يقول أبرأتك من الشفعة بشرط أن تسلم لى كذا أو على أن تسلم كذا فان حصل الشرط صح الابراء والا فلا وكذا لو قال : أبرأتك على هبة كذا لى أو على أن تمكننى من كذا فان حصل ذلك العوض صح الابراء ولا رجوع للمبرىء .. (أنظر مصطلح ابراء)[1] .

٣ ــ فى الشفعة : اذا اشترط الحاكم أو المحكم على الشفيع أنه ان لم يسلم الثمن فى يوم كذا فلا شفعة له ، فانه اذا مطل بطلت شفعته ولو لم يقبل الشرط .

وكذا لو شرط الشفيع على نفسه أو شرط المشترى على الشفيع وقبل الشفيع شرط المشترى فانه اذا مطل عن تسليم الثمن على حسب الشرط بطلت شفعته فان لم يقبل لم تبطل شفعته بالمطل بل يرفعه الى الحاكم[2] .

شرط البراءة من العيوب فى البيع :

جاء فى التاج المذهب : أنه اذا تبرأ البائع من جنس من العيوب عينه ، أو أجناس معينة نحو أن يقول بعتك هذه الأرض وأنا برىء من الصخرات أو الأشجار أو الحفر التى فيها ، أو نحو ذلك صح ذلك وان لم يذكر قدر ذلك الجنس فيبرأ منه وان كثر للجهالة وذلك حيث كان ذلك العيب الذى تبرأ منه موجودا ، أو مقدرا حصوله كالشىء الكامن ، أما ان كان معدوما فلا يصح التبرؤ منه ، والمشترى على خياره .

ولا يدخل فى الموجود ما حدث من جنسه من بعد الشرط ولا ما انكشف من غيره وكذا لو تبرأ من قدر معلوم من جنس من العيوب عينه وانكشف القدر الذى تبرأ منه من غير زيادة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من ثلاث صخرات فيها أو نحو ذلك ، فانه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشترى ، وكذا لو نقص أو لم يوجد شىء ..

فلو انكشف زائدا عما تبرأ منه وكان الزائد على انفراده ينقص القيمة فله رده به والا فلا .

أما لو تبرأ البائع من كل عيب فى المبيع كأن يقول بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا برىء من كل عيب فيها ، صح العقد ، ولغا الشرط وثبت للمشترى خيار رد المعيب ، وكذا لو أبرأه المشترى من كل عيب فانه لا يبرأ ، واذا تبرأ البائع مما حدث فى المبيع بعد العقد وقبل القبض نحو أن يقول : بعت منك هذا والتزمت لك بما حدث فيه من العيب فسد العقد اذا كان التبرؤ شرطا مقارنا للعقد ، وكذلك لو عين جنس العيب أو قدره ، لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجبه ،

---

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٧٦ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٩ .

أما لو تبرأ بعد العقد صح العقد ولغا الشرط وثبت الخيار للمشتري[١] .

القسم الثاني : الشروط الفاسدة : التي تفسد العقد : ويندرج تحتها الشروط التالية :

الأول شرط يرفع موجب العقد :

ومن أمثلته : ١ ــ في البيع : اذا اشترط في البيع ما يرفع موجبه فسد البيع كأن يشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بالسلعة المبيعة ، فان هذا الشرط يرفع موجب العقد ، لأن العقد يوجب انتفاع المشتري بالمبيع فلو شرط ألا يبيع ولا يهب أو لا يعتق أو لا يدخل المبيع بيته ثلاثة أيام أو أكثر ، أو مطلقا ، أولا يلبس الثوب ، أو شرط بقاء الثمرة المشتراه ، سواء جرى العرف ببقائها ، أم لا ، أو باع نصف دابة ، أو كلها صالحة للركوب على ألا يركبها المشتري الى وقت انزاء الفحل عليها ، فسد العقد ، لأن هذه الشروط كلها ترفع موجبه .

وكذا لو شرط البائع على المشتري ألا يرجع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع فسد لأنه يرفع موجبه .

وكذا لو كان الشرط يرفع موجب العقد في الثمن كأن يقول : اشتريت منك الدار بمائة على أنك لا تهب الدراهم أو لا تتصرف بها فسد العقد ، أو شرط البائع أو المشتري بقاء المبيع في يد البائع ولو رهنا حتى يؤدي المشتري الثمن[٢] .

٢ ــ في المضاربة : اذا اشترط في المضاربة ما يخالف موجبها فسدت ، نحو أن يقول العامل أو المالك ولي من الربح درهم فهذا الشرط يقتضي رفع موجبها ، لأن موجبها أن يقسما الربح وحيث شرط درهم لأحدهما فقد لا يحصل الا هو فيستبد به المشروط له ويبقى الآخر بلا ربح .

ومن ذلك أن يشترط العامل أن ينفق من مال المضاربة وان كان مقيما فهذا يقتضي مخالفة موجبها ، لأن موجبها ألا يأكل من مال المضاربة الا في حال السفر فقط . وكذا لو شرط أن تكون الخسارة على المالك أو عليهما أو شرط ألا يبيع أو لا يشتري الا من فلان لجواز أن يموت أو يمتنع فلان هذا أو شرط نفقة خادم للعامل أو لغيره ، فمثل هذه الأمور يشترط في صحة المضاربة تركها ، فاذا ذكر شيء منها فسدت[٣] .

٣ ــ في الرهن : اذا اشترط في الرهن ما ينافيه ، نحو أن يرهنه شيئا على ألا يقبضه ، فانه يفسد عقد الرهن لاختلال شرط من شروط صحته وهو القبض .. (أنظر مصطلح رهن) .

٤ ــ في الشفعة : اذا اشترط الشفيع الخيار كما لو قال شفعت في المبيع

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٤١٧ ــ ٤١٨ .

(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦٩ ــ ٣٧٠ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ١٥٣ .

ولى الخيار فان شفعته تبطل[1] (أنظر مصطلح شفعه) .

الثانى : اشتراط أمر لا تعلق له بالعقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع أمر لا تعلق له به فسد به البيع وذلك كاشتراط شرطين فى البيع ، مثل أن يقول : بعت منك هذا الثوب بعشرة ان كان الثمن نقدا ، أو بتسعة أو أحد عشر ان كان نسيئة .

وكذا اذا أدى الشرط الى اجتماع بيعتين فى بيعة ، كأن يقول : بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعنى به كذا .

وكذا لو قال اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعا على أن يكون نصيبى عند القسمة غربيا أو نحو ذلك ، فانه يفسد به العقد ، ولو كانت الأرض مستوية لأنه شرط لا تعلق له بالعقد[2] .

٢ ــ فى الهبة : تصح الهبة بعوض مشروط مالا كان أم منفعة وتكون فى هذه الحالة بيعا ، فاذا قال وهبت منك هذه الأرض على هبة هذه ، فقال الآخر : وهبت أو قبلت فحكمها حكم البيع .

فان قال وهبت منك هذه الأرض على أن تهب لى هذه الأرض فهذا شرط مستقبل يفسد الهبة كما يفسد البيع فتفسد الهبة الأولى[3] .. (أنظر مصطلح هبة) .

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٣٧ .
(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧١ ــ ٣٧٢ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٦٤ ــ ٢٦٥ .

الثالث : شرط غير مشروع ، ومن أمثلته :
١ ــ فى الاجارة اذا أجر مسلم بيته من ذمى ليبيع فيه خمرا ، أو ليصلى فيه أو ليجعله كنيسة ، فان ذلك لا يجوز أن شرط فى العقد ، أو كان مقصودا ولو كانوا مصالحين على ذلك ، لأن المعاونة عليه[4] محظورة (أنظر مصطلح اجارة) .

٣ ــ فى القرض : اذا اشترط فى القرض ما يقتضى الربا بطل القرض نحو أن يقرضه كذا على أن يقضيه فى مكان كذا وله منفعة بذلك القرض أو على أن يرد له أكثر مما أقرضه .. أو أن يقرض الحب الدفين المتغير ، أو الذى أكله السوس بحب سليم .. فاذا شرط المقرض ذلك لم يجز ، لأن كل قرض جر منفعة فهو ربا ، ولو أضمر هذا الشرط لم يجز أيضا ، لأن المضمر فى الربا كالمظهر الا اذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط ، وكذا لو كانت المنفعة لهما معا ، واستوت المنفعتان ، جاز ، نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله الى بلد الآخر ، فتقارضا كذلك ، ليسلما من مؤنة النقل أو خوف الطريق[5] .

الرابع : شرط يؤدى الى جهالة :

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : يفسد البيع اذا اقترن به شرط يقتضى جهالة فى البيع ، كاشتراط خيار مجهول المدة أو يقتضى جهالة

(٤) التاج المذهب ج ٣ ص ٧١ .
(٥) التاج المذهب ج ٢ ص ٤٨٤ ، ص ٤٨٧

صاحب الخيار حال العقد ، كأن يقول : لأحدنا الخيار أو يقول : الخيار أما لزيد أو لعمرو ، أو يجعل الخيار لشخص مجهول .. أو يقتضى جهالة فى المبيع كاشتراط ارجاح وزن المبيع ولا يذكر قدرا معلوما[1] .

وكذا لو اشترط الرزم فى الكيل .. لأن الرزم[2] يختلف الا أن يكون التفاوت يسيرا يتسامح به كما فى كيل الذرة والبر ونحوهما لا فى الزبيب والحناء فلابد من شرط الرسل .

أو شرط كون البقرة المبيعة لبينا أو سمينا فان ذلك يقتضى الجهالة ، لأنها صيغة مبالغة ، فكأنه قال على أن فيها لبنا أو سمنا كثيرا ، والكثير مجهول فيفسد العقد .

الا أن يجرى عرف بأنهما للوصف فحينئذ يصح .

أو يقتضى جهالة فى الثمن ، كاشتراط ارجاحه ولا يذكر قدرا معلوما ولا جرى عرف بقدر معلوم ، وكأن يشترى صبرة من موزون أو مكيل ويشرط المشترى على البائع حط قيمة كذا أرطالا ، أو مكيالا من تلك الصبرة المبيعة جملة ، فان ذلك يقتضى الجهالة فى الثمن اذ القيمة مجهولة غير مقدرة ، لأنه يرجع فيها الى المقومين، وهم يختلفون الا أن تكون القيمة معروفة عندهم . وكأن يبيع أرضا ، ويشترط على نفسه للمشترى أن الذى على المشترى من خراج هذه الأرض عشرة دراهم مثلا .. فان ظهر ان خراج الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد ، لأنه ان ظهر أن المضروب على الأرض خمسة ، فقد شرط البائع على المشترى خمسة دراهم فىكل خراج، وهذه زيادة فى الثمن مجهولة .

وان انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من عشرة فقد شرط البائع على نفسه أن يدفع عن المشترى الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة فى المبيع مجهولة والأولى زيادة فى الثمن مجهولة ، فلا يصح العقد فيهما ، الا اذا ذكرت مدة معلومة فحينئذ يصح فيها[3] (أنظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الاجارة : لا يجب على المستأجر الانفاق على الدابة المستأجرة فى مدة الاجارة ومدة الرد ، بل هو على المالك للحيوان كالوديعة والعارية ، فان اشترط الانفاق على المستأجر كانت الاجارة فاسدة لجهالة الأجرة ، لأن النفقة تكون من جملة الأجرة وهى مجهولة ويلزم المستأجر أجرة ما انتفع به وله ما أنفق الا أنه اذا كان الانفاق معلوما جنسا

---

(١) ارجاح الوزن : هو ارتفاع احدى كفتى الميزان وانخفاض الأخرى .

(٢) أرزم : الشىء جمعه وبابه نصر والرزمة الكارة من الثياب وقد رزمها ترزيما اذا شدها رزما .

(٣) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦٦ — ٣٦٩ .

ونوعا وقدرا صح فى المثليات لا فى القيميات[١] •

وكذلك يلزم المكرى صلاح ما تغير من الدار •• واصلاح بئر الماء •• ليتمكن المكترى من الانتفاع ••

فلو جرت العادة بأن يفعل ذلك المكترى أو شرط عليه كانت الاجارة فاسدة لجهالة ذلك وهو من جملة الأجرة[٢] •

القسم الثالث : الشروط الباطلة : هذا النوع من الشروط يلغو ويصح العقد ويندرج تحته الشروط التالية :

الأول : اذا اشترط فى البيع أمر لا يقتضى جهالة فى العقد ، ولا فى المبيع ، ولا فى الثمن ، ولا يرفع موجب العقد ، فان الشرط يلغو ، لعدم لزومه ويصح العقد •

مثال ذلك : أن يشرط البائع على المشترى أن يطأ المبيعة ، أو يعتقها ، أو ألا يطأها ، أو أن الولاء للبائع ، فلا يلزم الشرط •

ولكن اذا شرط ما هذا حاله ندب الوفاء بالشرط حيث لا يأثم به •

فلو شرط عليه ألا يطأ الأمة فيندب له ألا يطأها الا أن يخشى وقوعها فى محظور فيحسن منه ترك الوفاء •

أما لو شرط عليه أن يطأ الأمة وهى رضيعته فيحرم عليه الوفاء •

ومن حكم هذا الشرط أن البائع يرجع على المشترى بما حط له من القيمة ، لأجل الوفاء بالشرط أن لم يحصل الوفاء به ، فلو كانت قيمة العبد ألفا فباعه بتسعمائة واشترط عتقه فان لم يف بالعتق رجع عليه البائع بمائة [٣] •

الثانى : شرط يخالف موجب العقد •

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى عقد النكاح ما يقتضى خلاف ما يوجبه العقد كان الشرط لغوا أى لا حكم له وكأنه لم يذكر فى العقد فيصح العقد ويبطل الشرط ، وذلك نحو أن يقول : تزوجتها على أن أمر طلاقها اليها ، أو على ألا مهر لها ، أو على ألا يخرجها من جهة أهلها ، أو على أن نفقتها عليها ، أو على أن نفقته عليها أو على أن أمر الجماع اليها ، لكن اذا نقصت له شيئا من المهر لأجل أحد هذه الشروط ، فان وفى بذلك الشرط صح النقصان ، وان لم يف رجعت عليه بما نقص من مهرها •

وكذلك شرط الخيار فى النكاح لا يفسده فيصح العقد ، ويلغو الشرط •

وكذا لو اشترطت على الزوج أمر مستقبل كاشتراطها عليه أن يطلق فلانة أو على ألا يسكن

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٧٨ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٨٠ .

(٣) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٥ .
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ٣١ .

بلد كذا صح العقد ولغا الشرط ان لم يكن غرضا فان كان غرضا ولم يف به وفيت مهر المثل(١) .. (أنظر مصطلح نكاح) .

٢ — فى الاقالة : من أحكام الاقالة وكل فسخ أن يرجع المشترى على البائع بالثمن الأول فقط من غير زيادة ولا نقصان ولو سكت عنه ولم يذكره عند الاقالة .

ويلغو كل شرط يخالف ذلك فلو شرط أحدهما فى الاقالة خلاف الثمن .. نحو أن يقيله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا ، فان هذا الشرط يلغو .

وكذا لو شرط خلاف الثمن فى الصفة نحو أن يكون المشترى قد دفع دراهم سوداء فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء فان الشرط يلغو وتصح الاقالة ولا يلزمه(٢) الا الثمن (أنظر مصطلح اقالة) .

٣ — فى الشركة : من شروط صحة شركة المفاوضة ألا يفضل أحد الشريكين على على الآخر فى الربح ولا فى الخسارة .

فلو شرطا تفضيل أحدهما فى الخسارة ألغى الشرط .

وان شرطا التفضيل فى الربح فان كان للعامل صح الشرط وكانت عنانا وان كان لغير العامل يلغى الشرط ويتبع الربح المال(٣) .

أما شركة العنان فان الخسارة فيها غير المضمونة أى التى لم تحدث بتعد أو تفريط تكون على كل شريك بقدر حصته فى المال من نصف أو ثلث أو ربع سواء شرطا المساواة فى الخسارة أم شرطا تفضيل أحدهما فيه فيلغو الشرط .

وكذا الربح يتبع رأس المال أيضا ان أطلقا ولم يذكرا كيفية الربح بل سكتا عنه أو شرطا تفضيل غير العامل ، منهما فان الربح يتبع رأس المال ويلغو الشرط .

وكذا لو شرط لأحدهما قدر معلوم من رأس الربح نحو عشرين مثلا ،ويقسم باقيه بينهما لغا الشرط ويكون الربح بينهما على قدر رأس المال ، ولا تفسد الشركة بذلك الشرط ، لأنها(٤) تقبل الجهالة .

أما فى شركة الوجوه فان الربح والخسر يتبع المال فقط ، فان شرطا تفضيل العامل منهما أو غيره ، فان الشرط يلغو ، وتصح الشركة ويتبع الربح والخسر المال (٥) .

٤ — فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن شرط يخالف موجب الرهن لغا الشرط وصح الرهن نحو أن يشرط المرتهن أنه لا يضمن الرهن أو شرط عدم بيعه عند تعذر الاستيفاء ، أو قال ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فالرهن لك فان هذه الشروط

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٠ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٧٩ — ٤٨٠ .
(٣) التاج المذهب ج ٣ ص ١٧٣ — ١٧٤ .

(٤) نفس المرجع ج ٣ ص ١٧٧ — ١٧٨ .
(٥) التاج المذهب ج ٣ ص ١٧٩ .

كلهــا فاسدة تلغى ، ولا يفســد عقد الرهن بهــا[١] .

٥ ــ فى الهبــة : اذا اشترط فى الهبـــة ما ليس بمــال ولا غــرض لغـــا الشرط وصحت الهبــة ، وذلك كان يقــول : وهبتك هــذا الشىء بشرط أن تحــرك أصــبعك ، فان الشرط يلغــو ، وتصح الهبة .

وكذا لو خالف الشرط موجب الهبــة وكأن يقــول وهبتــك هــذا على ألا تتصرف فيه ببيــع ولا هبــة أو نحوهمــا ، أو على أن تعــود الهبـــة الى الواهب بعـــد موت المتهب أو وهبت شــيئا من الأعيــان لمــدة مؤقتة كشــهر أو سنة صحت الهبة ولغــا الشرط[٢] .

٦ ــ القســمة : جــاء فى التـــاج المذهب : أن القســمة تخالف البيــع فى أمور منهـــا أن القســمة لا تفســدها الشروط المفسدة للبيع[٣] .

مذهب الاماميــة :

القســم الأول : الشروط الصـــحيحة : ويندرج تحتها الشروط التالية :

الأول اشتراط صفة مقصــودة فى محــل العقــد .

ومن أمثلتها : ١ ــ فى البيــع : اذا اشترط فى الســلعة المبيعــة صــفة مقصــودة ، كاشتراط أن الأمة أو الدابة حامل ، أو العبــد كاتب أو صباغ[٤] صح الشرط والعقد .

٢ ــ فى النـــــكاح كمـــا لـــو تزوج امرأة على أنها حرة ، فان ظهر أنهـــا أمة أو مبعضــة فله الفســخ ، وان دخل بها ، لأن ذلك فائدة الشرط وهذا اذا كان الزوج ممن يجــوز له نكاح الأمة ووقع باذن مولاها أو مباشرته والا بطل فى الأول ووقع موقوفا على اجازته فى الثــانى على أصــح القــولين ــ وكذلك يكون للزوجة حق الفسخ ان تزوجته على أنه حر فظهر عبــدا .. ولا مهـــر فى الصورتين بالفسخ قبل الدخول ، ويجب جميع المهــر بعــده لاستقراره به .. ولو شرطها بكرا فبــانت أنهــا وقت العقــد كانت ثيبــا فله الفسخ[٥] بمقتضى الشرط .

الثانى : اشتراط ما يقتضيه العقــد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيـــع : اذا اشترط فى العقــد ما يقتضــيه كان الشرط صــحيحا والعقد صــحيحا .

والمراد بالشروط التى يقتضيها العقـــد ما كان مفيــدا لهــا فى نظر الشــارع كالملك فانه المطلب الأعظم الأصلى وكالتســليم الذى لا يتم الغــرض وهو الانتفــاع الا به ، وكخيــار المجلس مما جعــله الشــارع من كمــال الارتفاق .

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٢٧ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٧١ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٢١٥ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٩ ، ٧٤٢ .
(٥) الروضة البهية ج ٢ ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

والمراد بالعقد : العقد المطلق ، فان مقتضاه لوازمه التى لا تنفك عنه[١] .

٢ ــ فى النكاح : يجوز اشتراط ما يقتضيه عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل فى القسم والنفقة[٢] .

٣ ــ فى الرهن : وكذا اشتراط ما يقتضيه عقد الرهن صحيح كقوله على أن يباع فى الدين ، أو على أن يتقدم به على الغرماء[٣] .

الثالث والرابع : اشتراط ما فيه مصلحة المتعاقدين ، أو اشتراط ما يؤكد موجب العقد .

ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يتعلق بمصلحة المتعاقدين صح البيع والشرط ، وذلك كاشتراط الأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة[٤] .

٢ ــ فى القرض وكذا اذا اشترط فى القرض رهن أو كفيل به أو الاشهاد أو الاقرار به عند الحاكم جاز ، لأن ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجة وليست منافع مالية[٥] .

٣ ــ فى الاجارة : يجوز فى الاجارة اشتراط الخيار سواء شرطاه لهما ، أو لأحدهما ، أو لأجنبى ، وسواء كانت المدة معينة أو مطلقة[٦] .

الخامس : اشتراط أمر لا ينافى مقتضى العقد .

ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما لا ينافيه كاشتراط منفعة البائع كخياطة الثوب وصياغة الفضة ، أو اشتراط عقد فى عقد ، كأن يبيعه بشرط أن يشترى منه أو يبيعه شيئا آخر ، أو يزوجه أو يسلفه ، أو يقرضه، أو يستقرض منه ، أو يؤجره ، أو يستأجره أو يستأجر منه فهذه الشروط كلها سائغة[٧] .

ولو اشترط تبقية الزرع المبيع الى أوان السنبل صح .

ولا يشترط تعيين المدة ، بل يكفى أن يحال على المتعارف من البلوغ ، لأنه مضبوط (وهو ظاهر ما جاء فى السرائر والتذكرة والدروس واللمعة) .

والأقوى كما فى ايضاح النافع : أنه ان اشترط التبقية فلابد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط ، لأن مدة البلوغ غير مضبوطة بالزمان ، لاحتمال التقدم والتأخر .

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٨ ــ ٧٢٩ .
(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ .
(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٩ .
(٥) نفس المراجع ج ٥ ص ٣٧ .
(٦) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٨١ .
(٧) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ .

وان أطلق ولم يشترط التبقية يلزم البائع ابقاؤه الى أوان ادراكه وبلوغه ، لأنه اذا لم يشترط كان التراضي على الزرع والابقاء حكم شرعي لزم بلا معاوضة ومع الشرط يكون له جزء من العوض فلابد من عدم جهالته[1] .

٢ — في الاجارة يجوز لمستأجر العين أن يؤجرها لغيره (لمثله أو دونه) ان لم يشترط المالك التخصيص ، كما لو استأجر الدار على أن يكون هو الساكن أو استأجر الدابة على أن يكون هو الراكب ، فانه في هذه الحالة لا يجوز له أن يؤجرها لغيره[2] ..

ولو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر الا أن يشترط على الأجير[3] .

ولو استأجره لحمل متاع الى مكان واشترط عليه وقتا معلوما لايصاله ، فان قصر عنه نقص من أجرته شيئا معلوما صح الشرط والعقد ، الا أنه لو استغرق الشرط جميع الأجرة لم تصح الاجارة وتثبت له أجرة المثل وهو الذي عليه الفتوى .. لما روى عن محمد الحلبي قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة وعنده أبو جعفر رضي الله عنه جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعا الى بعض المعادن (المدن) واشترطت عليه أن يدخلني العدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق وأتخوف أن يفوتني فان احتبست حططت من الكرى لكل يوم أحتبسه كذا وكذا وأنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا فقال القاضي : هذا شرط فاسد وقد كراه فلما قام الرجل أقبل الى أبو جعفر رضي الله عنه وقال هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه[4] .

٣ — في النكاح : يجوز اشتراط ما يوافق الشرع في عقد النكاح وان كان خارجا عن مقتضى العقد ، وذلك كان يشترط على الزوجة أن يتزوج عليها متى شاء أو يتسرى . أو شرط تأجيل المهر أو بعضه الى أجل معين ، وكذا لو شرط ابقاءها في بلدها لزم الشرط ، لأنه شرط لا يخالف المشروع ، فان خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والأهل والانس وغيرها ، فجاز شرطه توصلا الى الغرض المباح ، وللخبر الصحيح عن أبي العباس عن الصادق رضي الله عنه في الرجل يتزوج امرأة ، ويشترط لها ألا يخرجها من بلدها : قال يفي لها بذلك ، أو قال يلزمه ذلك، ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم وكذا لو شرط ابقاءها في منزلها فانه يكون صحيحا ، وان لم يكن منصوصا عليه ، لاتحاد الطريق وقيل يبطل الشرط فيهما ، لأن الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حق الزوج بأصل الشرع ، وكذا السلطنة عليها فاذا شرط ما يخالفه

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٧ ص ٨٣ — ٨٤ .
(٣) نفس المرجع ج ٧ ص ٩٥ — ٩٨ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ١٠٨ — ١١٠ .

كان باطلا وحملوا الرواية على الاستحباب . ومتى حكمنا بصحته لم يصح اسقاطه بوجه لأنه حق يتجدد فى كل آن فلا يعقل اسقاط ما لم يوجد حكمه وان وجد سببه(١) .. (أنظر مصطلح نكاح) .

٤ ـ فى المساقاة : واذا اشترط فى عقد المساقاة عقد مساقاة آخر ، فالأقرب الصحة ، لوجود المقتضى وانتفاء المانع .

أما الأول وهو وجود المقتضى فهو اشتراط عقد سائغ فى عقد سائغ لازم فيدخل فى عموم « المؤمنون عند شروطهم » .

وأما الثانى وهو انتفاء المانع فلأن المانع لا يتخيل الا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة الا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى ، ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط الواقعة فى العقود ، ويوجد قول بمنع هذا الشرط وهو منسوب للشيخ أبى جعفر الطوسى استنادا الى وجه ضعيف(٢) . (أنظر مصطلح مساقاة) .

٥ ـ فى السلف : (السلم) اذا اشترط فى عقد السلف ما هو معلوم صح ، فلا يبطل باشتراط بيع أو هبة أو عمل محلل أو صنعة ولو أسلف فى غنم وشرط أصواف نعجات بعينها : قيل : يصح ، والأشبه المنع للجهالة(٣) . (أنظر مصطلح سلف) .

٦ ـ فى القرض : يجوز أن يقرضه الدراهم ويشترط أن ينقدها(٤) بأرض أخرى (أنظر مصطلح قرض) .

٧ ـ فى المضاربة : اذا اشترط المالك على العامل التصرف فى نوع أو نفر معين جاز ذلك ويقتصر العامل على ما تعين له من التصرف(٥) (أنظر مصطلح مضاربة) .

٨ ـ فى العتق : ولو شرط عليه فى صيغة العتق خدمته مدة مضبوطة متصلة بالعتق أو منفصلة ، أو متفرقة مع الضبط ، صح الشرط والعتق لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ولأن منافعه المتجددة ورقبته ملك للمولى ، فاذا أعتقه بالشرط فقد فك رقبته وفك غير المشروط من المنافع وما ابقاه المشترط على ملكه من المنافع يبقى استصحابا للملك ووفاء بالشرط وهل يشترط قبول العبد ؟ الأقوى ألا يشترط .

وكما يصح اشتراط الخدمة يصح اشتراط شىء معين من المال للعموم .

لكن الأقوى هنا اشتراط قبول العبد . وعند اشتراط الخدمة لا يتوقف انعتاقه

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠ .
(٢) الروضة البهية ج ١ ص ٣٩٧ .
(٣) المختصر النافع ص ١٥٩
(٤) المختصر النافع ص ١٥٣ .
(٥) نفس المرجع ص ١٧٠ .

على استيفائها ، فان وفى بهـا فى وقتهـا فبهـا والا اسـتقرت أجرة مثلهـا فى ذمته ، لأنها مستحقة عليـه وقـد فاتت فيرجـع الى أجرتهـا ..

ولو شرط عوده فى الرق ان خالف شرطا شرطه عليه فى صـيغة العتق فالأقرب بطلان العتق ، لتضـمن الشرط عود من تثبت حريته رقيقـا وهو غير جـائز ولا يرد مثله فى المكاتب المشروط ، لأنه لم يخرج عن الرقية وان تشبث بالحرية بوجه ضعيف ، بخـلاف المعتق بشرط .

وقيل : يصح الشرط ويرجع رقيقـا اذا أخل بالشرط للعموم .

وذهب بعض الأصحاب الى صـحة العتق وبطلان الشرط لبنـائه على التغليب ويضعف هـذا الرأى بعـدم القصد الى العتق مجردا عن الشرط وهو شرط الصحة كغيره من الشروط (أنظر مصطلح عتق)[1] .

٩ ــ فى الوكالة : يجـوز اقتران الوكالة بشرط سـائغ لا يخالف أصلها .

جـاء فى الروضة البهية : ويصـح تعليق التصرف مع تنجيز الوكالة بأن يقول : وكلتك فى كذا ولا تتصرف الا بعد شهر ، لأنه بمعنى اشـتراط أمر سـائغ زائد على أصـلها الجـامع لشروطهـا التى من جملتها التنجيز وأن كان فى معنى التعليق[2] .

السادس : اشتراط العتق والتدبير والكتابة فى البيـع : اذا اشترط فى عقـد البيـع ما بنى على التغليب والسراية صـح العقـد والشرط ، وذلك كمـا لو اشـترط عليه عتق العبـد المبيـع ، أو تدبيره أو كتابتـه فهـذا الشرط صحيح وان نافى مقتضى العقد ، لأن العتـق مبنى على التغـليب ، لأن عناية الشـارع بفك الرقبـة بأدنى سبب يقتضيه تعـرف من تتبع مسـائل العتق ومن دلائل ابتنـائه عـلى التغليب ثبـوت السراية الى المجموع بالشقص[3] (أنظر مصطلح عتق) .

القسـم الثانى : شروط باطـلة تبطـل التصرف ، ويندرج تحت هـذا القسم الشروط التالية .

الأول : شرط ينافى المشروع .

ومن أمثلته .

١ ــ فى البيـع : اذا اشـترط فى البيـع مـا ينافى مقتضاه كمـا لو شرط على المشترى الا يبيعه أولا يقبض المبيع ولا ينتفـع به أو لا يعتقه أو لا يطـأ أو لا يهب أو ان غصبه غاصب رجـع عليـه بالثمن أو أن يعتقـه والولاء للبائـع ، فهـذه الشروط باطـله .

والضـابط أن كل مـا ينافى المشروع أو يؤدى الى جهـالة الثمن أو المثمن فـانه

---

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٩٢ ــ ١٩٣ .

(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١٥ ــ ١٦ .

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ ــ ٧٣٥ .

باطل والأقوى بطلان البيع[١] أيضا • (انظر مصطلح بيع) •

٢ ـ فى الاجارة : وكذا لو اشترط فى عقد الاجارة أن يضمن المستأجر العين المؤجرة بدون تعد أو تفريط فالأقرب بطلان العقد لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع ومقتضى عقد الاجارة وقيل يصح العقد والشرط[٢] • (أنظر مصطلح اجارة) •

٣ ـ فى النكاح : نكاح الشغار وهو أن يزوج كل من الوليين الآخر على أن بضع كل واحدة مهرا للأخرى باطل •

والأصل فى تحريمه ما روى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه ولو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصة •

ولو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى ، لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل وكذا لو زوجه بمهر وشرط أن يزوجه ولم يذكر مهرا[٣] • (انظر مصطلح نكاح) •

٤ ـ فى القرض : واذا شرط فى القرض ما ينافى المشروع بطل فلو شرط النفع فى القرض ولو زيادة صفة حرم[٤] (أنظر مصطلح قرض) •

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ ـ ٧٣٢ •
(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ٣ •
(٣) الروضة البهية ج ٢ ص ١٠٢ ـ ١٠٣ •
(٤) المختصر النافع ص ١٥٩ •

الثانى : شرط يؤدى الى غرر •

ومن أمثلته :

١ ـ فى البيع : اذا اشترط فى البيع أمر مجهول تؤدى جهالته الى غرر كأن يبيعه أو يشترى منه شيئا ويشترط عليه أن يعمل عملا أو يكتب له كتابا فان الشرط باطل والعقد باطل ، لأن كل ما اقتضى تجهيل أحد العوضين للغرر فانه يبطل ويبطل العقد[٥] •

٢ ـ فى الاجارة : وكذا اذا اقترنت الاجارة بشرط يؤدى الى غرر بطلت ، وذلك كما لو استأجر دابة واشترط حمل ما شاء بطل كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد للغرر •

ولا يقال ان ذلك ينزل على العادة بحسب حال الدابة ، لأن العادة فى ذلك تزيد وتنقص •• وكذا الحال اذا أجرها ليحمل عليها طاقتها[٦] • (أنظر مصطلح اجارة) •

القسم الثالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد : ويندرج تحت هذا النوع الشروط التالية :

الأول : شرط يخالف المشروع •

ومن أمثلته : (١) فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح ما يخالف المشروع لغا الشرط وصح العقد والمهر ، كاشتراط ألا يتزوج وألا يتسرى أولا يطأ أو يطلق كما فى نكاح المحلل

(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٣ •
(٦) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٢١٥ •

أما فساد الشرط فواضح لمخالفته المشروع .

وأما صحة العقد ، فالظاهر اتفاق فقهاء المذهب عليه ، والا كان للنظر فيه مجال كما علم من غيره من العقود المشتملة على الشرط الفاسد .

وربما قيل بفساد المهر خاصة ، لأن الشرط كالعوض المضاف الى الصداق فهو فى حكم المال والرجوع الى قيمته متعذر للجهالة فيجهل الصداق فيرجع الى مهر المثل[١] .

٢ ـ فى الشركة : اذا تساوى المالان فى القدر ، فالربح بينهما سواء ولو تفاوتا فالربح كذلك وكذا الخسران يكون بالنسبة .

ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة فالأشبه أن الشرط لا يلزم[٢] .

٣ ـ فى القرض والهبة : جاء فى تذكرة الفقهاء أن القرض عقد قابل للشروط السائغة ، فلو أقرضه شيئا على أن يقرضه مالا آخر صح ، ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو وهب منه ثوبا بشرط أن يهب منه غيره ، وكذا لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه ، أو يسلفه أو يستلف منه ولكن لا يلزم ذلك أما لو باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر فانه يجوز البيع والشرط[٣] .

٤ ـ فى الرهن : لو اشترط فى الرهن ما ينافى مقتضاه كما لو اشترط المنع من بيعه فى حقه ، أو من تسليمه اليه بالكلية ، وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق ، واشتراط أن يرهنه عند غيره ، أو اشترط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن ، أو يرضاه رجل آخر وما أشبه ذلك فهذه الشروط فاسدة ، لأنها مخالفة لمقتضى العقد ، وما كان كذلك فهو مخالف للشرع ، فكان فاسدا ، وهل يفسد الرهن ؟

الأقوى أنه يصح الرهن ويفسد الشرط ، ولا يبطل البيع الذى اقترن به الرهن[٤] .

الثانى : شرط لا يتعلق به غرض ، وذلك كما لو اشترط على المشترى للعبد أكل طعام بعينه ، أو لبس ثوب ونحوه ، فانه يصح البيع ويبطل الشرط[٥] .

مذهب الاباضية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة :

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠ .
(٢) المختصر النافع ص ١٦٩ .
(٣) تذكرة الفقهاء ج ٨ ص ٣٦٤ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٧٤ .
(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٢ .

ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : اشتراط صفة فى محل العقد •

ومن أمثلته فى البيع ما جاء فى شرح النيل من أنه اذا اشترى تمرا أو غيره على أنه من نوع كذا فخرج بخلاف ذلك ، فان كان ما خرج دون ما اشترى عليه فى القيمة أو مساويا وكذا ان خرج النوع نفسه لكنه كان رديئا ، وقد شرط ألا يكون رديئا •• فالحكم حكم العيب •• فيخير فى امساكه بالثمن الأول وفى رده لبائعه وأخذ رأس ماله منه ، فان أكل منه ان كان مما يؤكل أو شرب ان كان مما يشرب أو أتلف بعضا منه مأكولا أو مشروبا أو غيرهما رد مثل ما أكل •

وقيل يرد قيمته[1] •• (انظر مصطلح بيع) •

الثانى : اشتراط ما يؤكد موجب العقد •

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : يصح أن يشترط فى البيع ما يؤكد موجبه وذلك كما لو باع شيئا واشترط على المشترى أن يرهن له شيئا معلوما فى الثمن المؤجل ، معينا كان هذا المشترط رهنه أو غير معين ، ويكون حينئذ على المشترى أن يتم له شرطه ، فان أبى بطل البيع •

وقيل : يصح ويجبر المشترى على تقديم الرهن •

وقيل : لا يجبر •

وقيل : يوقف البيع الى تمام الشرط[2] •

٢ ــ فى القسمة جاء فى شرح النيل أن لطالب القسمة أن يطلب الى خصمه حميلا وجيها يأتى به أو حميلا يقسم معه أن خاف منه تعطيلا بالسفر أو الهروب أو الامتناع[3] •

الثالث : شرط يحقق منفعة لأحد المتعاقدين •

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يحقق منفعة لأحد المتعاقدين صح الشرط والبيع •

جاء فى شرح النيل أنه اذا كان الشرط معلوما وفيه نفع للبائع أو للمشترى وحل تملك المشروط ، وكان المشروط فى نفس المبيع صح الشرط والبيع ، سواء كان فى عقدة البيع أو

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٧٥١ ــ ٧٥٢ •

(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٤٧٤ •
(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٣٧٩ •

قبل أو بعد ، كبيع جمل واشتراط الركوب والحمل عليه لموضع معين وبيع دار واشتراط سكناها مدة معينة وبيع شجرة واشتراط أكلها مدة معلومة لقوله صلى الله عليه وسلم : المؤمنون على شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا أى حلالا أو حراما بالشرع ، والا فكل من شرط شيئا لنفسه مثلا فقد حله لنفسه بعد ما منع منه وحرمه عن المشروط عليه بعد ما أبيح له .

وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا معشر المسلمين ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله « الحديث » .

وأما حديث نهى عن بيع وشرط ففى اسناده ضعف ، وهو قابل للتأويل بأن يقال أنه مقيد بما اذا كان الشرط محرما .. وبما اذا كان مجهولا لأداء المجهول الى تعطيل المبيع الى غير حد فيترتب على ذلك منازعة وفتنة[١] .

٢ ــ فى النكاح : اذا اشترطت الزوجة على زوجها فى عقد النكاح ألا ينقلها من بلدها ، أو أن يكون طلاقها بيدها معلقا على شىء معلوم كنكاح أو تسر عليها أو غيبة شهرين أو عام ، أو أقل ، أو أكثر ، أو غيبة فى بلد اسلام أو شرك أو بلدة مخصوصة .. أو نحو

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٨٢ .

ذلك من كل شرط لا يحرم حلالا ولا يحل حراما جاز الشرط .. وهى على شرطها ما لم تبرئه منه[٢] (أنظر مصطلح نكاح) .

٣ ــ فى المضاربة يجوز لكل من صاحب المال والمضارب اشتراط التجارة فى جنس معين كالتمر ، أو الزبيب ، أو البر ، أو نحو ذلك أو فى نوع معين مما يتجر به كتمر بلد كذا أو ثيابه ، وكذا يجوز أن يشترط نفى المضاربة فى بعض هذه الأشياء ، لأنه شرط حلال معروف وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

وقال الشيخ : يجوز لرب المال أو المضارب أن يشترط التجارة فى جنسين فصاعدا ، ولا يجوز اشتراط التجارة فى جنس ، وان شرط ذلك صح القراض ولم يلزمه الشرط .

والرأى الأول هو الأرجح ، لأنه ليس فى هذا الشرط غرر محذور بل فيه مظنة عدم الربح أو قلته وقد دخلا على ذلك وارتضياه[٣] (أنظر مصطلح مضاربة) .

٤ ــ فى الرهن يجوز اشتراط منافع الشىء المرهون كلها لتقوى الرهن ،

(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ١٧٩ ــ ١٨٠ .
(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٧ ــ ١٢٨ .

كأن يشترط المرتهن أن تكون المنافع داخلة فى الرهن يبيعها كما يبيع الرهن وهى كالثمار والألبان والأصواف اذا باع الرهن باعها وان خاف فسادها باعها ولو قبل حلول الأجل وقبض ثمنها حتى يحل الأجل فيقضيه[١] .

٥ — فى الشركة : واذا كان لأحد الشريكين مائة وللاخر خمسون واشترطا الربح سواء جاز ذلك على الصحيح لحديث المؤمنون على شروطهم .. ولأن ذلك حق مخلوق تساهل فيه برضاه وطيب نفسه وتبرع وكان ذلك كالهبة فيأخذ كل منهما رأسماله ويقسمان الربح ومع ذلك فقد يكون صاحب الكثير جعل لصاحب القليل نصف الربح لفضل عمله .

وقيل : الربح يقسم على المال ولو اتفقا على التساوى فيه[٢] .. (انظر مصطلح شركة) .

٦ — فى الاجارة : اذا اشترط على الأجير أن يعمل بنفسه فعمل مع غيره فلا يستحق الأجرة المتفق عليها ويكون له أجرة مثله لا الأجرة التى عقداها لانفساخها بمخالفته[٣] (أنظر مصطلح اجارة) .

٧ — فى الوكالة : اذا وكل شخصا أن يبيع له كذا أو يشترى له كذا أو غير ذلك من العقود واشترط حضور شخص معين جاز التوكيل ، ولو كان هذا الشخص الذى اشترط حضوره طفلا أو مجنونا ، فاذا باع أو اشترى بدون حضوره فالموكل بالخيار أن شاء أمضى البيع ، أو الشراء وان شاء أبطله[٤] (انظر مصطلح وكالة)

٨ — فى الحمالة : يجوز للمحمول له أن أعطى للمحمول عنه حميلين أو أكثر أن يشترط عليهما أو عليهم أن يلتزم الحى — أو الشاهد (الحاضر) أو الموسر أو السالم من مانع منهما أو منهم دون من لم يتحقق فيه هذا الشرط .. ونحو ذلك من كل شرط حلال ، للحديث (المؤمنون على شروطهم) .

وان حضر الحميلان وأيسرا وسلما مما اشترط عدمه أو حضروا وأيسروا وسلموا .. غرم كل منابه وهى على الرءوس اذا أطلقت ..

وأن قيدوا فعلى تقييدهم[٥] (أنظر مصطلح حمالة) .

القسم الثانى : الشروط الباطلة التى تبطل العقد ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : شرط يؤدى الى الجهالة .

---

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ٤٨٧ .
(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٢٦٢ .
(٣) شرح النيل ج ٥ ص ٤٧ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص٦٩٨ — ٦٩٩ .
(٥) شرح النيل ج ٤ ص ٦٦٦ — ٦٦٧ .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع ، اذا اشترط فى عقد البيع ما يؤدى الى جهالة بطل الشرط والعقد ، سواء كانت الجهالة فى الشرط أو فى الثمن أو فى المثمن •

جاء فى شرح النيل أنه ان جهل الشرط بطل الشرط والبيع على المختار ، كبيع نخل واشتراط أكلها ، أو بيع دار واشتراط سكناها بلا تحديد ، أو اشتراط سكناها الى الموت أو الى أن أجد سكنا ، أو الى أن يأتى ولدى أو نحو ذلك مما يجهل أو مما لا ينضبط •

وقيل : صح البيع وبطل الشرط ، وقد باع تميم الدارى دارا وشرط سكناها ، فأبطل النبى صلى الله عليه وسلم البيع والشرط معا ، لجهل الشرط ، لأنه لم يشترط مدة معلومة ، وليس ابطاله لمجرد الشرط بل لكونه مجهولا •

وقيل : أن تميما شرط سكنى سنة ، وبهذه الرواية يستدل من قال بابطال الشرط والبيع مطلقا ، الا أنه يعارضها حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه من شرطه ظهر الجمل الى المدينة ••• وكذا ان كانت الجهالة فى غير نفس المبيع كبيع سلعة بقفيز بر بشرط طحنه أو حمله الى مكان معين أو بيعه عنه لغيره بعد استيفائه له بكيل أو اشتراط عمل آخر على المشترى منع البيع والشرط للجهالة فى الثمن •

وكذا لو اشترط المشترى على البائع ذلك كان يشترط على بائع السلعة له أن يحملها الى مكان معين أو يبيعها أو نحو ذلك يبطل البيع والشرط ، لأن الشرط أدى الى جهالة فى المثمن وهو السلعة ونحو حملها لمكان معين[1] •

الثانى : شرط ينافى مقتضى العقد •

ومن أمثلته : ١ ــ فى المضاربة : ما اذا اشترط صاحب رأس المال اخراج أكثر من رأس ماله ،ثم يقسم ما زاد على ذلك من الربح بينهما ، فان القراض يبطل ويكون الربح كله لصاحب رأس المال والعناء (أجرة المثل) للمضارب ، وذلك مثل أن يقول آخذ رأس مالى وعشرة دنانير ونقسم ما بقى من الربح أنصافا أو اثلاثا أو نحو ذلك ، لأنه ربما أحاط ما شرط أخذه بالربح كله •

وكذلك لا يصح له اشتراط أخذ شيء من المضارب من مال القراض الذى بين يديه ، سواء أبعده من رأس المال أم لا ، كدينار فى كل يوم أو فى كل شهر ولا أخذ شيء منه على كل ما مضى من الأيام أو الأسابيع أو الشهور اذ لا يدرى ، أيربح دينارا ، أو أقل ، أو أكثر ، أو لا يربح شيئا •

فان شرط ذلك بطل القراض ، ولصاحب

---

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٨٣ •

المال الربح ، وللمقارض عناؤه (أجر المثل) •

وان شرط عليه أن يأخذ ذلك من ماله لا من مال المقارضة ، فالحكم كذلك وزاد بالدخول فى الربا[١] •

وكذا تفسد المضاربة أن شرط رب المال ضمان المال ، أو بعضه معينا ، أو شائعا على المضارب ، وتحولت المضاربة قرضا ، فهو دين عليه ، والربح كله للمضارب ، ولو لم يشترط صاحب المال الا ضمان البعض •

وانما كان الربح كله له لضمانه ما ضمن ، والخراج بالضمان •

وانما فسدت المضاربة ، لأن الضمان منفعة يصير بها ما انعقد عليه القراض مجهولا •

وهذا القول قول من قال بجواز أن يتحول القراض قرضا •

ومن لم يجوز ذلك فانه يقول : تفسد المضاربة ولصاحب المال الربح وللعامل عناؤه (أجر مثله) •

وقيل : الربح بينهما كما اتفقا عليه والمضاربة صحيحة ، ولزمه الضمان ، كما شرط عليه رب المال •

(١) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٩ •

وقيل : الشرط فاسد والمضاربة صحيحة[٢] (أنظر مصطلح قراض •

٢ ــ فى القسمة : لا يجوز فى القسمة اشتراط تحريم حلال ، كأن يشترط أحدهم على الاخر ألا ينتفع بسهمه ، ولو بوجه أبيح له ، كبناء أو غرس ، أو حرث ، أو اتفقا أن يأخذ احدهما الثلثين على ألا يكون له من طريقها شىء ولايمكن لها طريق آخر غير الذى اشترط لمن يأخذ الثلث •

فان أمكن لها طريق آخر جازت القسمة[٣] (أنظر مصطلح قسمة) •

الثالث : اشتراط أمر غير مشروع •

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح نكاح الشغار : وهو أن يزوج الرجل وليته لرجل على أن يزوج هو له وليته أيضا ويجعلا صداق هذه بصداق تلك وهو نكاح حرام سواء عينا صداقيهما أم لا •• وان فعلا وجب لكل صداق مثلها أن مست ولا شىء لها ان لم تمس من صداق أو متعة وقيل حرمتا ولا توارث فيه اتفاقا وثبت النسب[٤] • (انظر مصطلح نكاح) •

القسم الثالث : شروط تبطل ويصح التصرف •

ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

(٢) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٦
(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٣٧١ ــ ٣٧٢ •
(٤) شرح النيل ج ٣ ص ٢٠٣ •

الأول شرط ينافى مقتضى العقد ومن أمثلته : ١ — فى البيع : ما اذا اشترط فى بيع الجارية ألا يطأها المشترى بطل الشرط وصح البيع .

وقيل : يبطلان الا أن وطئها المشترى فيبطل الشرط وحده .

وكذا ان شرط ألا يتسراها أو لا يبيعها ، أولا يهبها ، أو شرط أن يفعل ذلك ، أو باع شيئا وشرط ألا يبيعه المشترى ، أو لا يعطى منه بطل الشرط وحده .

وقيل : بطل البيع والشرط[1] . (أنظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الصرف : اذا اشترط فى الصرف خيار بطل الخيار وتم الصرف فى حين عقده بناء على صحة البيع الشرطى وبطلان الشرط .

وقيل : بطل الصرف والشرط[2] . (أنظر مصطلح صرف) .

٣ — فى النكاح : اذا اشترط الزوج على الزوجة عند العقد أن تنفق عليه وتكسوه وتسكنه ، أو اشترط عليها ألا ينفق عليها أو يكسوها ، أو يسكنها ، أو لا يعدل لها فى القسم .

أو اشترطت الزوجة على الزوج ألا يملك طلاقها حتى تجيزه ، أو لا يجامعها مطلقا ، أو ألا فى ليل أو نهار .

أو اشترط أن تلد ، أو ألا تلد ، أو ألا ترثه ، أو ألا صداق لها .

أو اشترطت أن كل امرأة تزوجها عليها فطلاقها بيدها .. أو نحو ذلك ، فان الشرط باطل عند الله ، وفى الحكم ، فيلزمه أن يعطيها ما لم يعطها من حقوقها ويرد اليها ما صرفت عليه لذلك الشرط ، ولزم النكاح ، وعليه نفقتها وكسوتها وسكناها .

وطلاقها بيده ، وذلك لأن النفقة والقيام عليها فرضهما الله سبحانه وتعالى لها عليه لا عليها له ، وكذا الطلاق بيد الرجل ، ففى نقل ذلك بالكلية مناقضة لكلامه تعالى ، ومصادرة عن المصلحة التى رآها لنا ، ومجىء بأمر ليس عليه الشرع ، فهو رد ، فكان ذلك شرطا أحل حراما (أنظر مصطلح نكاح)[3] .

٤ — فى الرهن ولا يصح اشتراط بيع الرهن قبل الأجل والرهن صحيح، كبيع وشرط .

وقيل : يجوز على أنه لا يقضى بالثمن فى حقه حتى يحل الأجل .

ووجه الأول : أنه لا يدرك دينه قبل الأجل ، والدين أصل للرهن ، فلم يجز له ادراك بيعه قبل الأجل .

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٨٦ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٢ — ٣٤٣ .
(٣) شرح النيل ج ٣ ص ١٧٨ — ١٧٩ .

ووجه الثـانى : أن بيعـه ليـس بمنزلة قبض الدين قبـل الأجـل ، لأنه لو رضى الغـريم فأعطى الدين قبـل الأجـل لجـاز قبضـه[1] .

٥ — فى العتق : جـاء فى شرح النيل أنه ان اعتقـت المـرأة عبـدا علـى شرط أن يتزوجهـا ، ثم امتنع من تزوجها ، فلا يجبر علـى التزوج ، ولا يـرد فى الرق ، وكـذا الأمـة ان أعتقهـا رجل على أن يتزوجهـا ، فأبت ، لأن العتـق صحيح ، والشرط باطل .

ووجـه بطـلانه أن المملوك عقـد الشرط علـى نفسـه وهو مملـوك ولا عقد لمملوك على نفسـه وصـح العتـق وحـده لأنـه يقع ولو هزلا[2] .

٦ — الفـداء[3] : واذا قـالت الزوجـة لزوجهـا : أبـرأتك من صـداقى علـى أن تطلقنـى ثلاثـا .

فان قـدم القبـول وأخـر الطلاق فقال : قبلت المـال وطلقتـك ثلاثا ، أو واحـدة أو ثنتـين فهو فـداء وسـقط عنـه الصـداق ولا طـلاق غـير طلاق الفـداء ، فان راجعها أو تزوجهـا جـاز له ، لأن الطـلاق لا يلحق الفـداء .

وان قـدم الطـلاق وأخـر القبـول بأن قال : طلقتـك ثلاثا وقبلتـه طلقت ثلاثا وبقى المـال لها ، لأن التطليقـات الثلاث تبين المرأة بهـا فلا يلحقهـا الفـداء بعدهن[4] .

وان فاداها على ألا تتزوج فلانـا أو من بلد كـذا أو قبيـلة كـذا تم الفـداء وبطل الشرط[5] .

الثـانى : اشـتراط أمـر لا يحـل شرعا وذلك كمـا لو بـاع أمـة واشـترط ولاءها لنفسـه ان عتقت بعد ، فالبيـع صـحيح والـولاء لمشـتريها اذا أعتقهـا لا لبائعهـا المشـترط له لأن الولاء لحمة كلحمة النسب ، كمـا فى الحديث واللحمة القرابة فلا ينتقـل حكمه ببيـع أو هبة أو غيرهما ، كمـا لا ينتقل حـكم النسب ، فكمـا لا يصـح أن تبيـع قرابتـك من زيد لبـكر مثـلا ، أو تهبـه اياها ، أو تنقلهـا اليه بوجـه ليرثـه مكانك كذلك الولاء انما هو لمن أعتق أو عصـبته وقد اشـترت عائشـة بريرة لتعتقهـا واشـترط البائع ولاءها فقـال صـلى الله عليه وسـلم « الولاء لمن أعتـق وأجـاز البيـع وأبطل الشرط »[6] .

(١) شرح النيل ج ٥ ص ٤٨٦ .
(٢) شرح النيل ج ٣ ص ٢٢٢ .
(٣) الفـداء لغة التخلص من مكروه بنحـو مال وشرعا فرقة بين الزوجين بردها الى الزوج صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله وقيل هما سواء .
والفداء طلاق عنـد الأكثر شرح النيـل ج ٣ ص ٤٨٠ .

(٤) نفس المرجع ج ٣ ص ٤٨٥ .
(٥) نفس المرجع ج ٣ ص ٥١٤ .
(٦) شرح النيل ج ٤ ص ٨٢ — ٨٣ .

إِشْتِرَاك

المعنى اللغوى والاصطلاحى :

جاء فى لسان العرب : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركا ، وشارك أحدهما الآخر ، والشريك المشارك[١] .

وفى كشاف اصطلاحات الفنون : الاشتراك فى عرف العلماء كأهل العربية والأصول والميزان يطلق بالاشتراك على معنيين .

أحدهما : كون اللفظ المفرد موضوعا لمفهوم عام مشترك بين الأفراد ، ويسمى اشتراكا معنويا ، وذلك اللفظ يسمى مشتركا معنويا كالانسان .

وثانيهما : كون اللفظ المفرد موضوعا لمعنيين أو أكثر معا بأوضاع متعددة ، ويسمى اشتراكا لفظيا ، وذلك اللفظ يسمى مشتركا لفظيا[٢] كالعين والقرء .

وما قرره علماء الشريعة لا يخرج فى الجملة عن هذا الذى قرره علماء اللغة .

فقد تكلم الفقهاء عن الاشتراك فى الجريمة ، وعن الاشتراك فى المعاملات المالية .

كما ذكروا تطبيقات يستفاد منها أن الاشتراك قد يكون فى الحقوق أيضا .

ثم ان علماء الأصول تكلموا عن الاشتراك اللفظى فى دلالة الألفاظ ، وفرقوا بينه وبين الاشتراك المعنوى .

الاشتراك فى الجريمة

الاشتراك فى الجريمة (الاعتداء) يتصور وقوعه فى حالات كثيرة ، وأظهر ما نص عليه الفقهاء من هذه الأفعال : الاشتراك فى جريمة القتل ، والاشتراك فى جريمة السرقة ، كما أن جريمة الحرابة تقع فى أغلب حالاتها بالاشتراك بين الجناة ولذلك فان البحث هنا سيكون عن الاشتراك فى الاعتداء على النفس ، ثم عن الاشتراك فى جريمة السرقة .

وأما الاشتراك فى جريمة الحرابة فسنشير الى بعض صور منه ، ثم نحيل البحث الى مصطلح حرابة .

---

(١) لسان العرب باب الكاف فصل الشين .

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون باب الشين فصل الكاف .

١ ـ الاشتراك فى الاعتداء على النفس

الاعتداء على النفس قد يكون باتلافها وهو ما يسمى بجريمة القتل •

وقد يكون باتلاف جزء منها وهو ما يسمى بجريمة الاعتداء على الأطراف : من قطع أو جرح ونحوه ••

(أ) الاشتراك فى جريمة القتل

الاشتراك فى جريمة القتل اما أن يكون اشتراكا مباشرا بين كل من القاتلين •

واما أن يكون اشتراكا غير مباشر أى بطريق التسبب •

(ب) الاشتراك فى القتل بطريق مباشر

هذا النوع من الاشتراك قد يكون متعلقا بالقتل العمد ، وقد يكون متعلقا بالقتل الخطأ •

الاشتراك فى القتل العمد :

مذهب الحنفية :

جاء فى المبسوط : وان اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم فيه القصاص ، بلغنا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك وهو استحسان •

والقياس أن لا يلزمهم القصاص ، لأن المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المتعدى ، ولما فى النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ، ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شىء يعلم ببداهة العقول[1] •• وأيد هذا القياس قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس واحدة •

ولكنا تركنا هذا القياس ، لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، ولأن القصاص شرع لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر •

ومعلوم أن القتل بغير حق فى العادة لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد فلو لم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدى ذلك الى سد باب القصاص وابطال الحكمة التى وقعت الاشارة اليها بالنص •• اذ أنه لا مقصود من القتل سوى التشفى والانتقام وذلك حاصل لكل قاتل بكماله كأنه ليس معه غيره[2] •• فعرفنا أنه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة •

---

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٦ الطبعة الأولى سعادة .

(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٧ .

وبيان ذلك أن القتل مما لا يتجزأ ، واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزى فأما أن ينعدم أصلا أو يتكامل فى حق كل واحد منهم •

والدليل عليه أن كل واحد منهم لو حلف أن لا يقتله كان حانثا فى يمينه بهذا الفعل[١] •••

واذا اشترك جماعة من الرجال فى قتل حرة أو أمة فعليهم القصاص كما لو اشتركوا فى قتل رجل حر[٢] وكذلك لو اجتمع نفر من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به ، لأن الذميين فى حكم القصاص كالمسلمين[٣] •

واذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا ، والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن ابراهيم ، لأن القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجبا للقصاص ، لأن القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطىء •

والخاطىء والعامد اذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما ، لأنه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فقد انزهقت الروح عقب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ، ولا يدرى أنه بأى الفعلين أزهق الروح فتتمكن الشبهة من هذا الوجه ، فالقصاص عقوبة تندرىء بالشبهات ، وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما ، وليس أحدهما باضافة القتل اليه بأولى من الآخر •

ولا يقال : ينبغى أن يضاف القتل الى فعل من استعمل السلاح فيه ، لأن السلاح آلة للقتل دون العصا ، لأن الانسان قد يسلم من الجرح بالحديد ويتلف من الضرب بالعصا ، فهو بمنزلة ما لو جرحه رجلان أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات ، فانه يجعل القتل مضافا اليهما على السواء لهذا المعنى ، ثم كل واحد منهما فيما لزمه من نصف الدية يجعل كالمنفرد به ، فنصف الدية على صاحب الحديدة فى ماله ونصفها على صاحب العصا على عاقلته ، وكذلك لو قتلاه بسلاح وأحدهما صبى أو معتوه فلا قصاص عليهما عندنا[٤] •••

وأما الأب مع الأجنبى أو المولى مع الأجنبى اذا اشتركا فى قتل الولد أو المملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا[٥] •• ذلك أن قتل الأب أو المولى موجب للدية ، فلا يكون موجبا للقصاص كالخاطىء مع العامد اذا اشتركا •

وجاء فى الدر وحاشية ابن عابدين عليه : ان مات شخص بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية فى

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٨ ، ١٢٩ .
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٣١ .
(٣) المبسوط ج ٢٦ ص ١٣٥ .
(٤) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٣ .
(٥) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٣ ، ٩٦ .

ماله ان كان فعله عمدا ، لأن العاقلة لا تتحمل العمد •

وانما لم يقتص منه لأنه من المقرر — أنه لا قصاص على شريك من لا قصاص بقتله •• لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لأنه هدر فى الدارين ، وفعل زيد معتبر فى الدارين وفعل نفسه هدر فى الدنيا لا العقبى ، حتى يأثم بالاجماع ، فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فالتالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية •

ومفاد التعليل أن يعتبر فى المقتول التكليف ليصير فعله جنسا آخر غير جنس فعل الأسد والحية اذ لو كان غير مكلف لهدر فى الدارين كفعل الأسد فيكون على زيد نصف الدية •

ومفاده أيضا ألا يزيد على الثلث لو تعدد قاتله بأن كان مع زيد غيره فيشترك هو وغيره فى الثلث •

ولو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة ثم انضم اليه ما هو هدر فعلى كل واحد منهما ثلث الدية وثلثها هدر •

وفى تكملة الطورى : لو قطع رجل يده وجرحه آخر وجرح هو نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها ، لأن النفس تلفت بجنايات أربع واثنتان منها معتبرتان (١) •

(١) الدر وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص٤٨١ •

مذهب المالكية :

أنه يقتل الجمع غير المتماثلين بواحد اذا ضربوه عمدا عدوانا ومات مكانه أو رفع مغمورا (غمرة الموت) واستمر حتى مات أو منفوذ المقاتل (٢) — والحال أنهم غير متفقين على قتله بل كل واحد منهم قصد قتله فى نفسه من غير اتفاق منهم على (٣) قتله — سواء تميزت الضربات أو لم تتميز وسواء كان الموت ينشأ عن كل واحدة أو عن بعضها ، وسواء استوت الضربات فى القوة أو اختلفت ولم يعلم عين من كانت ضربته هى التى نشأ عنها الموت • فأن تأخر موته غير منفوذ مقتل ولا مغمور قتل واحد فقط بقسامة ، اذ لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد •

وان تميزت جنايات كل واحد منهم واختلفت قدم الأقوى ان علم (٤) •

بمعنى أنه اذا تميزت الضربات وعلم موته من أحداها فأنه يقتص ممن علم أنه مات من ضربته ، واقتص من الباقى مثل فعله •

ثم ان ما ذكر من قتل الجميع فى هذه الحالة بقيودها هو ما فى النوادر • وفى اللخمى خلافه وهو أنه اذا أنفذ

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٤٥
(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ •
(٤) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٥ .

أحدهم مقتله ولم يدر من أى الضربات مات فانه يسقط القصاص اذا لم يتعاقدوا على قتله والدية فى أموالهم (١) .

ويقتل المتمالئون على القتل أو الضرب بأن قصد الجميع الضرب وحضروا ، وان لم يتول الضرب الا واحد منهم اذا كان غير الضارب لو لم يضرب غيره لضرب . وان حصل الضرب بسوط أو بيد أو قضيب حتى مات .

ومحل قتل الجماعة المتمالئة اذا ثبت قتلهم له ببينة أو اقرار(٢) .

واذا اشترك مكلف وصبى فى قتل شخص فان القصاص على المكلف وحده دون الصبى لعدم تكليفه ، وهذا اذا تمالآ على قتله عمدا ، وعلى عاقلة الصبى نصف الدية لأن عمده كخطئه(٣) .

وأما اذا كان كل من المكلف والصبى قد تعمد قتل ذلك الشخص ولكن قتلاه من غير تمالؤ واتفاق منهما على قتله ، فلا قتل على المكلف المشارك للصبى فى القتل ، لاحتمال كون رمى الصبى هو القاتل ، وانما على المكلف نصف الدية فى ماله ونصفها الآخر على عاقلة الصبى ، الا أن يدعى أولياء المقتول أنه مات من فعل المكلف ، فانهم يقسمون عليه ويقتلونه فيسقط نصف الدية عن عاقلة الصبى ، لأن القسامة انما يقتل بها ويستحق بها واحد(٤) .

ولا قصاص على متعمد شريك مخطىء ، ولا على متعمد شريك مجنون ، فلا يقتص منه للشك ، أى لاحتمال أن يكون الموت من رمى المخطىء والمجنون .

والظاهر أنه لا يقتص منه ولو أقسم الأولياء على أن القتل من المتعمد ، وهو كذلك كما نص عليه على الأجهورى ، لأنه لا صارف لفعلهما فيمكن حصول الموت من فعلهما معا لشدة فعل المخطىء والمجنون بخلاف الصبى(٥) .

واذا أنشب السبع أظفاره فى الشخص بالفعل ، ثم جاء انسان فأجهز عليه فهل يقتص من شريك السبع نظرا لأنه تعمد القتل ، أو لا يقتص منه ، وانما عليه نصف الدية فى ماله ويضرب مائة ويحبس عاما قولان عند المالكية .

وكذلك يجرى هذا الخلاف فى شريك جارح نفسه ، وهو من جرح نفسه جرحا يكون عنده الموت غالبا ثم ضربه مكلف قاصدا قتله .

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٣) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٤) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٧ .

فالقول بالقصاص منه مبنى على قصده القتل

والقول الآخر يوجب عليه نصف الدية فى ماله مع ضربه مائة وحبسه عاما ، اذ لا يدرى من أى الأمرين مات .

وكذلك قالوا فى شريك الحربى ، الا أنهم نصوا على أن المكلف اذا تمالأ مع الحربى على القتل فانه يقتص من الشريك قطعا .

وهذا الخلاف المتقدم ذكره يجرى كذلك فى مسألة شريك المرض .

وصورتها أن يحدث شخص جرحا بآخر ثم يحصل للمجروح مرض ينشأ عنه الموت غالبا ثم يموت ، ولم يدر أمات من الجرح أم من المرض .

ثم يقول الدردير : والقول بالقصاص فى الأربع بقسامة ، والقول بنصف الدية بلا قسامة والراجح فى شريك المرض القصاص فى العمد والدية فى الخطأ بالقسامة[1] .

مذهب الشافعية :

اذا وجد من شخصين معا .. فعلان مزهقان للروح ، مذففان — أى مسرعان لقتل كحز للرقبة وقد للجثة ، أو غير مذففين كقطع عضوين أو جرحين ، أو جرح من واحد ومائة مثلا من الآخر فمات منهما فقاتلان يجب عليهما القصاص ، اذ رب جرح له نكاية فى الباطن أكثر من جروح ، فان ذفف احدهما فقط فهو القاتل فلا يقتل الآخر حتى ان شككنا فى خطورة جرحه ، لأن الأصل عدمه والقود لا يجب بالشك مع سقوطه بالشبهة .

والأوجه وجوب أرش الجرح على الشريك الذى جرحه غير قاتل ..

وان أوصل الجانى المجنى عليه الى حركة مذبوح — بأن لم يبق فيه أبصار ولا نطق ولا حركة اختيار .. ثم جنى آخر فالأول هو القاتل ، لأنه صيره الى حالة الموت ، ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقا ، ويعزر الثانى لهتكه حرمة ميت ..

وان جنى الثانى قبل الانهاء به الى هذه الحالة ، فان ذفف كحز بعد جرح فالثانى قاتل لقطعه أثر الأول .. وعلى الأول قصاص العضو أو مال بحسب الحال من عمد وضده ، ولا نظر لسريان الجرح لاستقرار الحياة عنده .

وان لم يذفف الثانى أيضا ومات بهما كأن قطع واحد من الكوع وآخر من المرفق أو أجافاه (أصاباه بجائفة) فقاتلان لوجود السراية منهما[2] .

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٩ — ٢٥١ طبعه سنة ١٣٥٧ ، ١٩٣٨ حلبى .

ويقتل الجمع بواحد وان تفاضلت الجراحات فى العدد والفحش والأرش حيث كان لها دخل فى الزهوق سواء أقتلوه بمحدد أم بمثقل ، لأن القصاص عقوبة تجب للواحد فيجب له على الجماعة كحد القذف ، ولأنه شرع لحقن الدماء فلو لم يجب بالاشتراك لاتخذ ذريعة الى سفكها وروى مالك أن عمر قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا ولم ينكر عليه ذلك مع شهرته فصار اجماعا .

اما من ليس لجرحه أو ضربه دخل فى الزهوق بقول أهل الخبرة فلا يعتبر .

وللولى العفو عن بعضهم على حصته من الدية باعتبار عدد الرءوس دون الجراحات فى صورتها لعدم انضباط نكاياتها .

ولو ضربه أحدهما ضربا يقتل ثم ضربه الآخر سوطين أو ثلاثة حالة ألمه من ضرب الأول عالما بضربه اقتص منهما ، أما ان كان جاهلا به فلا . وعلى الأول حصة ضربه من دية العمد ، وعلى الثانى كذلك من دية شبهه باعتبار الضربات .

وان ضرباه بالعكس كأن ضربه أحدهما ثلاثة مثلا ثم ضربه الآخر ضربا يقتل كخمسين سوطا حال الألم ولا تواطؤ ، فلا قود على واحد منهما ، بل يجب على الأول حصة ضربه من دية شبه العمد ، وعلى الثانى حصة ضربه من دية العمد باعتبار الضربات .. وانما قتل من ضرب مريضا جهل مرضه لانتفاء سبب آخر ثم يحال القتل عليه [1] .

ولا يقتل متعمد والحال أنه شريك مخطىء ولو حكما ، ولا يقتل شريك شبه العمد لحصول الزهوق بفعلين أحدهما يوجبه ، والآخر ينفيه ، فغلب الثانى للشبهة فى فعل المتعمد ، وعلى الأول نصف دية العمد ، وعلى عاقلة الثانى نصف دية الخطأ أو شبه العمد ، ويقتل شريك الأب فى قتل فرعه ، كما يقتل عبد شارك حرا فى عبد .. وذمى شارك مسلما فى ذمى وكذلك يقتل شريك حربى فى قتل مسلم أو ذمى .

ويقتل شريك صبى مميز ومجنون له نوع تمييز وشريك السبع والحية القاتلين غالبا مع وجود المكافأة بين القاتل والمقتول فى الحرية والاسلام .

وبالجملة فمتى سقط القود عن أحدهما لشبهة فى فعله سقط عن شريكه ، أو لصفة قائمة بذاته وجب على شريكه [2] .

ولو ضربوه بسياط وضرب كل واحد منهم غير قاتل لو انفرد ففيه أوجه .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٦٢ مع حاشية الشبراملسى والمغربى بنفس الموضع .

أصحهـا : يجب القصـاص ان تواطئـوا على ضربه وكان ضرب كل واحـد منهم لـه دخـل فى الزهـوق .

وانما لـم يعتبـر ذلك فى الجراحـات والضربات المهلك كل منهـا لو انفـرد ، لأنها قـاتلة فى نفسـها ويقصـد بهـا الاهـلاك مطلقـا ، والضرب الخفيف لا يظهـر فيـه قصـد الاهلاك الا بالموالاة مـن واحـد والتواطؤ من جمـع . ولو آل الأمـر الى الدية وزعت على عـدد الضربـات وبحسب الرءوس فى الجراحـات .

والوجـه الثـانى لا قصـاص .

والوجـه الثـالث يجب القصـاص على الجميع مطلقـا سـواء أتواطئوا أم لا ، لأن فعـل كل واحـد منهم قـاتل ، ولئلا يتخـذ ذلك ذريعـة الى القتـل .

أما اذا كان ضرب كل واحـد منهم قـاتلا لـو انفـرد فـانه يجب عليهـم القـود جزمـا[1] .

واذا ألقاه من شـاهق فتلقاه آخـر بسيف فقـده نصـفين مثلا فالقصـاص على القـاد فقـط اذا كان (أهـلا) وعلى الملقى الاثم والتعـزير[2] .

(١) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى ج٧ ص ٢٦٣ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ .

مذهب الحنابلة :

جـاء فى المغنى : أن الجمـاعة اذا قتلوا واحـدا فعلى كل واحـد منهم القصـاص اذا كان كل واحـد منهم لو انفرد بفعـله وجب عليـه القصاص لاجمـاع الصحابة رضى الله عنهم :فعمـر قتـل سبعة من أهل صنعاء ــ وعلى رضى الله عنـه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وابن عباس قتل جماعة بواحد . ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان اجماعا ، ولأنهـا عقوبة تجب للواحـد على الواحـد فوجبت للواحـد على الجمـاعة كحـد القذف . ويفـارق الدية فانهـا تتبعض والقصـاص لا يتبعض ولأن القصـاص لو سـقط بالاشـتراك لأدى الى التسـارع الى القتـل به فيؤدى الى اسـقاط حكمة الردع والزجـر .

وحكى عن أحمـد رواية أخـرى : أنهم لا يقتلون به وتجب عليهم الدية .

وقـد رجح ابن قـدامة الرواية الأولى ، وهى قتـل الجمـاعة بالواحـد[3] .

ولا يعتبـر فى وجـوب القصـاص على المشتركين التسـاوى فى سـببه ، فلو جـرحه رجـل جرحا والآخـر مـائة ، أو جرحه أحدهمـا موضحـة والآخـر آمة أو احدهما جائفة والآخر غير[4] جائفة فمات كانا سواء فى القصـاص والدية ، لأن اعتبار التسـاوى يفضى الى سـقوط القصـاص عن المشتركين

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ .
(٤) الموضحة هى التى تظهر وضـح العظم أى بياضه ، والآمـة هى التى بلغت ام الدماغ وهى الجلدة التى تجمع الدماغ ، والجائفة هى التى تصل الى الجوف .

اذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ، ولو احتمل التساوى لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى انتفاء الحكم • ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة ، كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ، فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطعت أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات[1] •

واذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل ثلثها ، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ، ويقتل الآخرين ، وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ويقتل الثالث •

فان برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين ، أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل احدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه[2] •

واذا قتل الأب وغيره عمدا قتل من سوى الأب ، لأنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به غالبا لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى •• فضلا عن أن فعل الأب يقتضى الايجاب ، لكونه تمحض عمدا عدوانا والجناية به أعظم اثما وأكثر جرما قال تعالى : (ولا تقتلوا أولادكم ـ ثم قال : ان قتلهم كان خطأ كبيرا) وجعل النبى صلى الله عليه وسلم قتل الولد من أعظم الذنوب بعد الشرك •• فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه ، وانما امتنع وجوب القصاص فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل ، لا لقصور فى السبب الموجب فلا يمتنع عمله فى المحل الذى لا مانع فيه[3] •

وكل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب ، فالحكم فى وجوب القصاص على الآخر منهما كالحكم فى الأب وشريكه ، مثل أن يشترك مسلم وذمى فى قتل عبد عمدا عدوانا ، فان القصاص لا يجب على المسلم والحر ، ويجب على الذمى والعبد اذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه ، وعن الحر لحريته ، وانتفاء مكافأة المقتول له ، وهذا المعنى لا يتعدى الى فعله ، ولا الى شريكه ، فلم يسقط القصاص عنه •

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبى رحمه الله عن حر وعبد قتلا

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ •
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٦٨ ، ٣٦٩ •
(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤ •

عبدا عمدا قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد ، وعلى الحر نصف قيمة العبد فى ماله ، والعبد ان شاء سيده أسلمه والا فداه بنصف قيمة العبد ، وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك فى كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص [1] •

أما اذا شارك فى القتل من لا قصاص عليه لمعنى فى فعله كالصبى والمجنون •

فالصحيح فى المذهب أنه لا قصاص عليه لأنه شارك من لا مأثم عليه فى فعله ، ولأن الصبى والمجنون لا قصد لهما صحيح ولهذا لا يصح اقرارهما ، فكان حكم فعلهما حكم الخطأ فى انتفاء القصاص ولزوم الدية وحمل عاقلتهما اياها ووجوب الكفارة •

اذا ثبت هذا فان الدية تجب عليهم أثلاثا على كل واحد منهم ثلثها ، لأن الدية بدل المحل ، ولذلك اختلفت باختلافه والمحل المتلف واحد ، فكانت ديته واحدة ولأنها تتقدر بقدره •

الا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم فى ماله حالا ، لأن فعله عمد ، وما يلزم الصبى والمجنون فعلى عاقلتهما •

ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله ، لأن فعلهما خطأ ، والمشارك فى القتل خطأ يلزمه كفارة ، لأنها لا تجب بدلا عن المحل ، ولهذا لم تختلف ، وانما وجبت تكفيرا للفعل ، ومحوا لأثره ، فوجب تكميلها كالقصاص [2] •

واذا قتلاه وأحدهما مخطىء ، والآخر متعمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية فى ماله وعلى عاقلة المخطىء نصف الدية ، وعليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة •

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع •

وأما شريكه فلأن هذا القتل قتل لم يتمحض عمدا فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمدا وخطأ ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا اذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب [3] •

وفى حكم شريك جارح نفسه وشريك السبع وجهان •

الأول لا قصاص عليه ، لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه كشريك الخاطىء •

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٧٤ — ٣٧٥ •

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٥ — ٣٧٦ •
(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٧٩ — ٣٨٠ •

والوجه الثانى عليه القصاص ، وهو قول أبى بكر الخلال .

وروى عن أحمد أنه قال : اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد متحمض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب .

فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى ، فلا قصاص على شريكه فى أصح الوجهين .

وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين فى شريك الخاطىء[1] .

واذا جنى عليه اثنان جنايتين : فان كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة كأن قطع أحشاءه أو ذبحه ثم ضرب الثانى عنقه فالأول هو القاتل ، لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة ، وعلى الثانى التعزير ، كما لو جنى على ميت .

وان كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه كأن شق البطن من غير ابانة الأحشاء ، أو قطع طرفا ، ثم ضرب الآخر عنقه ، فالثانى هو القاتل ، لأن الأول لم يخرجه من حكم الحياة ، فيكون الثانى هو المفوت لها ، فعليه القصاص فى النفس ، والدية كاملة ان عفا الولى عنه .

أما جرح الأول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولى مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقا .

وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش .

وانما كان عليه القصاص لأن فعل الثانى قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذى لا يسرى .

وان كان جرح الأول يفضى الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة ، مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى ، لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو فى حكم الحياة .. كما لو قتل عليلا لا يرجى برؤه[2] .

واذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله ، لأنه فوت حياته قبل المصير الى حال ييأس فيها من حياته ، فأشبه ما لو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار انسان رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه[3] .

(١) المرجع السابق ص ٣٨٠ — ٣٨١ .

(٢) المرجع السابق ج ٩ ص ٣٨٤ — ٣٨٥ .
(٣) المرجع السابق ص ٣٨٥ .

واذا اشــترك جمــاعة فى القتــل فأحب الأوليــاء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، واذا أحبــوا أن يقتلوا البعض ويعفو عن البعض ويأخذوا الدية من البــاقين فلهم ذلك ، لأن كل من لهم قتــله فلهم العفــو عنــه .

ولا يســقط القصــاص عن البعض بالعفو عن البعض لأنهمــا شــخصان فــلا يســقط القصــاص عن أحدهمــا باســقاطه عن الآخر كما لو قتــل كل واحــد رجلا .

وأمــا اذا اختاروا أخــذ الديــة من القاتل أو من بعض القتلة فان لهم هــذا[1] .

مــذهب الظــاهــرية :

جاء فى المحــلى من استســقى قوما فلم يســقوه حتى مات .. فان كان الذين لم يســقوه يعلمون أنه لا ماء له البتة الا عندهم ولا يمكن ادراكه أصــلا حتى يموت فهم قتلوه عمــدا وعليهم القــود ، بأن يمنعوا المــاء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ..

وهكذا القول فيمن تركوه فأخذه الســبع وهم قادرون على انقاذه فهم قتلة عمدا اذ لم يمت الا من فعلهم ، وهــذا كمن أدخلوه فى بيت ومنعــوه حتى مات ولا فــرق ، وهــذا كله وجه واحد[2] .

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٧٣ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥٢٢ ــ ٥٢٣ .

مذهب الزيدية :

تقتل الجماعة بالواحــد لقوله تعــالى : (فقــد جعلنا لوليه سلطانا) يعنى علــى القاتل ولم يفصل .. ولم يقتلوا بالواحــد لصــفة زائدة فى المقتــول بل لكون كل منهم قــاتلا ، والقول بتخصيص أحــدهم مخــالف للاجمــاع وقــد قتــل على ثلاثة بواحــد ، وقتــل عمــر ســبعة بواحــد ــ وقد وردت عن عمر روايات متعــددة فى هــذا ــ ولم ينكر عليــه ذلك وقال على : المــائة بالواحد ولم ينكر عليه ذلك فكان اجماعا .

واذا انتقــل الحــكم الى الدية فانه يلزم الجمــاعة دية واحــدة قال صــاحب البحــر وهو الأقرب للقيــاس كسائر المتلفات .

وانمــا يقتلون بالواحــد ويشتركون فى ديتــه حيث مات بمجموع فعلهم بحيث لو نقص فعل أحدهم لم يمت بفعل الباقين ولو كان فعــل واحــد زائدا على فعــل غــيره منهم[3] .

واذا اشــــترك عامــد ومخطىء قتــــل العــامد ، اذ لم يفصــل الدليــل ، وعلى عاقلة المخطىء نصف الدية ..

ويقــاد شريك الصبى والمجنون ..

وعلى الصــبى ونحــــوه نصــف الدية لمشــاركته وهو على العاقلة .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٢١٨ .

ولا يسقط القود عن شريك الأب أو عبد شارك حرا فى عبد أو كافر شارك مسلما فى كافر لكمال شرط القصاص فيه ..

ويقاد شريك النفس أى يقتص من رجل شارك رجلا فى قتل نفسه ، وكذلك يقاد شريك السبع ..

ومن قطع حلقوم رجل ثم قطعه آخر نصفين فالقاتل الأول وعلى الآخر التعزير ، اذ حركته بعد الأولى كحركة المذبوح ..

فان جنى الأول بما لا يقطع بكونه قاتلا كقطع يد ، وجنى الآخر بما يقطع بكونه قاتلا فالقود فى القاتلة وفى الأخرى الأرش[1] .

مذهب الامامية :

لو اشترك جماعة فى قتل حر مسلم فللولى قتل الجميع . ويرد على كل واحد ما فضل من ديته عن جنايته ، وله قتل البعض ، ويرد الآخرون قدر جنايتهم ، فان فضل للمقتولين فضل ، قام به الولى ، وان فضل منهم كان له .

ولو اشتركت فى قتله امرأتان قتلتا ، ولا رد اذ لا فاضل لهما[2] .

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٣ — ٢٢٤ .
(٢) المختصر النافع ص ٣٠٧ — ٣٠٨ الطبعة الثانية .

مذهب الاباضية :

تقاد جماعة بواحد ، فقد قتل عمر رضى الله عنه بامرأة فتك بها ثلاثة رجال وقال : لو تمالأ عليها أهل صنعاء لقتلتهم بها كلهم « أى الا من لا يحل قتله كصبى ومجنون ومن لا يقتل فيها » .

والجماعة تقتل بواحد اذا قتلوه حرابة أو غيلة أو غير ذلك سواء من باشر القتل وغيره[3] .

وان شاء الولى أخذ دية واحدة منهم جميعا وان شاء أخذها من واحد ويرجع هذا الواحد على غيره بمنابهم .

وقيل : يقاد واحد فقط لقوله تعالى (ان النفس بالنفس) والخيار للولى .

وصاحب القول الأول يقول : المعنى النفس بالنفس القاتلة تشمل النفوس القاتلات ، لأن كلا منهن قاتلة اذ اجتمعن على واحد بالقتل ، وان شاء أخذ الدية . واذا قتل الواحد فانه يرد الأخران لوليه منابهم من الدية . فان كان اثنان رد الآخر نصف الدية ، وان كان ثلاثة رد اثنان ثلثى الدية ، وان كان أربعة رد الثلاثة ثلاثة أرباعها وهكذا .

وقيل غير ذلك كالقول بأن له أن يقتل من شاء ويأخذ الدية عمن شاء ، فربما

(٣) شرح النيل ج ٨ ص ٩٨ .

قتل كثيرا وأخذ ديات كثيرة لأن كلا منهم كالقاتل المستقل ، وله أن يأخذ عن كل واحد منهم دية تامة وله أن يقتلهم جميعا وغير ذلك من الأقوال[١] .

وان اشترك فى قتيل واحد قاتل عاقل بالغ مع طفل أو مجنون ، لزم القاتل العاقل البالغ القود ، ولزم عاقلة القاتل الآخر الذى هو الطفل أو المجنون نصف الدية للولى ، الا أن يشاء الولى أن يأخذ الدية الواحدة ، نصفها عن العاقل البالغ ، ونصفها عن الآخر .

وقيل : له أن يأخذ دية تامة عنه ، ويأخذ دية تامة من عاقلة الصبى أو المجنون .

وفى اشتراك الثلاثة العاقل البالغ والطفل والمجنون فى القتيل الواحد يلزم عاقلتى المجنون والطفل ثلثا الدية ويقتل البالغ العاقل .

وقيل : لا قود فى هذا النوع من الاشتراك المذكور بين البالغ العاقل والطفل والمجنون ، أو البالغ مع أحدهما — لا شتراك من لا يقتل فى مثله ، ويؤدون ديته جميعا .

وان اشترك عاقلان بالغان فصاعدا مع طفل أو طفلين أو مع مجنون أو مجنونين فصاعدا فللولى أخذ الدية الواحدة على الرءوس ، وما ينوب الأطفال والمجانين على عواقلهم ، وله قتل البالغ العاقل ، وأخذ باقى الدية على العواقل ، وله قتل بعض من عقل وأخذ باقى الدية على باقى من عقل .

وقيل : له أخذ دية على كل من شاء ممن عقل ، وأخذ ديات من عواقل الأطفال ونحوهم[٢] .

وان اشترك العاقل البالغ مع غير انسان فى قتله ولو حية أو عقربا ولو سبقه غير الانسان — فهل يقتل به الا أن يشاء الولى أخذ الدية ، أو لا يقتل به ولكن يؤدى عنه الدية ؟ قولان عندهم .

وسواء فى غير الانسان أن يكون مملوكا لأحد أولا ، الا أن كان الانسان — يغرى غير الانسان فيقتل الانسان قولا واحدا[٣] .

الاشتراك فى القتل الخطأ

مذهب الحنفية :

لو اشترك عشرة رهط فى قتل رجل خطأ كانت الدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين ، لأن وجوب الدية لصيانة المحل عن الهدر فالمحل واحد ، وبايجاب دية

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٠ — ١٥١ .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ١٥٢ — ١٥٣ .
(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٣ .

واحـــدة عليهم يتم معنى الصـيانة ، ثم الواجب على كل واحـــد جزء ممــا هو مؤجل فى ثلاث ســنين ، وهـــو بدل النفس ، فهـــو بمنزلة ما لو اشترى عشرة نفر شيئا بثمن مؤجــل الى ثلاث سنين ، فانه ثبت تمام الأجل فى حق كل واحـــد منهم ، وهـــذا لأن كل ثلث من بدل النفس مؤجــل فى ســـــنة ، والواجب على كل واحـــد منهم عشر كل ثلث ، الا أن يكون الواجب على بعضـــهم من الثلث الذى هـــو مؤجــل الى ســـنة أو من الثـــــلث الثـــانى خاصة(١) .

ثم يقرر السرخسى فى موضع آخـــــر أنه اذا اشترك جمــاعة فى قتـــل رجـــل تجب على كل واحـــد منهم الكفارة كاملة(٢) .

واذا استـــأجر رب الدار الفعلة لاخـــراج الجنـــاح أو الظـــلة فوقـــع فقتـــل انسانا ، فان ســـقط من عملهم قبل أن يفـــرغوا منـــه فالضـــمان عليهم دون رب الدار ، لأنه انمـــا ســــقط لتقصـــيرهم فى الامســـاك فكأنهم ألقـــوا ذلك فيكونون قاتلين مباشرين فيلزمهم الدية والكفارة ويحـــرمون الميراث .

وان ســـقط ذلك بعـــد فراغهم من العمـــل فالضـــمان فيـــه على رب الدار استحسانا

وفى القياس هـــذا كالأول ، لأنهم باشروا أحـــداث ذلك فى الطـــريق وصـــاحب الدار ممنـــوع من احـــداثه ، وانمـــا يعتبر أمره فيمـــا له أن يفعـــله بنفسه .

ولـــكنه استحسن ، لحـــديث شريح فانه قضى بالضـــمان فى مثـــله على رب الــــدار والمعنى فيـــه أنهم يعمـــلون له ، ولهـــذا يستوجبون الأجـــر عليـــه وقـــد صار عملهم مســـلما اليـــه بالفـــراغ منـــه ، فكأنه عمل ذلك بنفســـه ، بخـــلاف ما قبـــل الفـــراغ ، فان عملهم لم يصر مســـلما اليه بعد(٣) .

واذا اســـتأجر الرجـــل اجـــراء يهـــدمون له حائطـــا فقتـــل الهـــدم من فعلهم رجـــلا منهم أو من غـــــيرهم فالضـــــمان عليهـــم والـــكفارة ، دون رب الدار ، لأنهم مباشرون اتلاف من ســـقط عليـــه شىء من أيديهم فى حالة العمل(٤) .

واذا اســـتأجر الرجـــل أربعـــة رجـــال يحفـــرون له بئرا فوقعت عليهم من حفـــرهم فقتلت واحـــدا منهم ، فعلى كل واحـــــد من الثلاثة البـــاقين ربع ديتـــه وســـقط الربع ، وكذلك لو كانوا أعـــوانا له ، لأنه انمـــا سقط عليهـــم مـــا سقط بفعلهم فكانـــوا ، مباشرين لســـبب الاتلاف ، والقتـــيل أحـــد المباشرين، فتوزع الـــدية عليهم ويســـقط منـــه حصـــة القتيـــل بجنايتـــه على نفســـه ، وتبـــقى حصـــة الثلاثة بجنـــايتهم .

والأصـــل فـــيه مـــا روى أن عشرة نفـــر مدوا الحـــلة فســـقطت على أحـــدهم فقتلته فقضى على رضى اللـــه عنـــه على كل واحـــد من التسعة بعشر الدية وأسقط العشر حصـــة المقتول .

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٦ .
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٨ .
(٣) المبسوط ج ٢٧ ص ٧ — ٨ .
(٤) المبسوط ج ٢٧ ص ١٣ — ١٤ .

وعن الشعبى أن عليا رضى الله عنه قضى فى القارصة والواقصة والقامصة بالدية أثلاثا وتفسير ذلك أن ثلاث جوار كن يلعبن ، فركبت احداهن صاحبتها ، فقرصت الثالثة المركوبة ، فقمصت المركوبة ، ووقعت الراكبة ، فاندقت عنقها ، فقضى على رضى الله عنه بثلث الدية على القارصة وبالثلث على القامصة ، وأسقط الثلث حصة الواقصة (الراكبة)[1] •

مذهب المالكية :

أن الجماعة اذا اشتركوا فى ضرب رجل وقصد كل واحد منهم ضربه بدون تمالؤ ،

ولكن لم يقصد أحد منهم قتله ، ثم أنهم ضربوه مجتمعين ، ومات من ضربهم ، فانهم لا يقتلون ، لأن قصد الضرب ليس مثله قصد القتل بالنسبة للجماعة بخلاف الواحد كما قال على الأجهورى[2] ، وتجب على عواقلهم الدية منجمة ، فحكم ما وجب على عواقل متعددة كعشرة رجال من قبائل شتى قتلوا رجلا خطأ ، كحملهم صخرة فسقطت عليه ، كحكم العاقلة الواحدة أى كالحكم الذى وجب على العاقلة الواحدة من حيث التنجيم ، اذ ينجم ما ينوب كل عاقلة وان كان دون الثلث فى ثلاث سنين تحل بأواخرها[3] •

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٨٥ .

ونصوا على أن كفارة القتل الخطأ تجب على القاتل الحر حتى ولو كان القاتل شريكا لصبى أو مجنون أو غيرهما ، فعلى كل كفارة كاملة ولو كثر الشركاء بل ولو كان القاتل صبيين أو مجنونين لوجب على كل منهما كفارة كاملة[4] •

ومن صور الاشتراك فى الخطأ ما جاء فى حاشية الدسوقى من أنه قد تتزلق رجل انسان فيمسك آخر ثم هو يمسك ثانيا ، وهكذا فيقع الجميع ويموتون فالأول هدر ودية الثانى على عاقلة الأول ودية الثالث عليهما[5] •

مذهب الشافعية :

لو رجع حجر منجنيق أطلق ، فقتل أحد رماته وهم عشرة مثلا هدر قسطه وهو عشر الدية وعلى عاقلة الباقين الباقى من دية الخطأ ، لأنه مات بفعله وفعلهم خطأ فسقط ما يقابل فعله •

ولو تعمدوا اصابته بأمر صنعوه وقصدوه بسقوطه عليه وغلبت اصابته كان عمدا فى مالهم ، ولا قود ، لأنهم شركاء مخطىء ••

واذا قتل المنجنيق شخصا آخر ليس منهم ولم يقصدوه فخطأ لعدم قصدهم له ففيه دية مخففة على العاقلة ••

(٤) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٨٦ .
(٥) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٩ .

ثم الضمان يختص بمن مد الحبال ورمى الحجر لمباشرتهم ، دون واضعه وممسك الخشب ، اذ لا دخل لهم فى الرمى أصلا ، ويؤخذ منه أنه لو كان لهم دخل فيه ضمنوه أيضا وهو ظاهر[1] .

مذهب الحنابلة :

اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة فى ماله ، لأن كل واحد منهم مشارك فى اتلاف آدمى معصوم ، والكفارة لا تتبعض فكملت فى حق كل واحد منهم . ثم لا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يقتل واحدا من غيرهم .. فالكفارة على كل واحد منهم والدية على عواقلهم أثلاثا ، لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد ، سواء قصدوا رمى واحد بعينه أو رمى جماعة أو لم يقصدوا ذلك ، الا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمى معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ .

وان قصدوا رمى جماعة أو واحدا بعينه فهو شبه عمد ، لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضى الى اتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة ، الا أنها فى ثلاث سنين .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

وعلى قول أبى بكر الخلال لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا[2] .

والثانى : أن يصيب رجلا منهم فعلى كل واحد كفارة أيضا ولا تسقط عمن أصابه الحجر ، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة ، والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة فى قتل نفسه كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره . وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول ، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبنى على احدى الروايتين فى جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ تحمل عقلها عاقلته .

والوجه الثانى : ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد ، لأنه شارك فى اتلاف حقه ، فلم يضمن ما قابل فعله ، كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده .

الوجه الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه ، وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين .

وأن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة .

فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهم أثلاثا ، وعلى كل واحد كفارتان .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٥٨ — ٥٥٩ .

وعلى الوجـــه الثانى تجب على عاقـــلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديتـــه وعلى عاقـــلة كل واحـــد من الميتين ثلث ديـــة صـــاحبه ويلغى فعـــله فى نفســـه .

وعلى الوجـــه الثالث على عاقـــلة الحى لكل واحـــد من الميتين نصـــف الديـــة ويجب على عاقلة كل واحـــد من الميتين نصـــف الديـــة لصـــاحبه[1] .

وان كانـــوا أكثـــر من ثلاثـــة فالديـــة حالـــة فى أموالهم .. هـــذا هو الصحيح فى المذهب ، ســـواء كان المقتـــول منهم أو من غيرهم ، الا أنـــه اذا كان منهم يـــكون فعل المقتـــول فى نفســـه هدرا ، لأنه لا يجب عليه لنفســـه شىء ، ويـــكون بـــاقى الديـــة فى أموال شركائـــه حـــالا ، لأن التـــأجيل فى الديات انمـــا يكون فيمـــا تحمله العاقلة ، وهذا لا تحمـــله العـــاقلة ، لأنهـــا لا تحمل ما دون الثلث والقـــدر اللازم لكل واحد دون الثلث[2] .

وذكر أبو بكر الخـــلال روايـــة أخـــرى : أن العـــاقلة تحملهـــا ، لأن الجنـــاية فعـــل واحـــد اوجب دية تزيد على الثلث .

والصـــحيح هـــو الأول ، لأن كل واحـــد منهم يختـــص بمـــوجب فعـــله دون فعـــل شركائه ، وحمـــل العاقلة انمـــا شرع للتخفيف على الجـــانى فيما يشـــق ويثقل وما دون الثلث يســـير والذى يلزم كل واحـــد منهم أقل من الثلث .. ولأن فعـــل كل واحـــد غير فعل الآخـــر[3] ..

وان ســـقط رجـــل فى بئر فتعلق بآخـــر فوقعـــا معـــا فـــدم الأول هـــدر ، لأنه مات من فعـــله ، وعلى عاقلته ديـــة الثـــانى ان مات ، لأنـــه قتـــله بجذبتـــه .

فان تعـــلق الثـــانى بثالث فماتـــوا جميعا فلا شىء على الثالث ، وعلى عاقلة الثـــانى ديتـــه فى أحـــد الوجهين ، لأنـــه جذبـــه وباشره بالجـــذب ، والمباشرة تقطـــع حـــكم السبب ، كالحافـــر مع الدافـــع .

والوجه الثـــانى ديتـــه على عاقـــلة الأول والثـــانى نصـــفين ، لأن الأول جـــذب الثانى الجـــاذب للثالث ، فصـــار مشـــاركا للثـــانى فى اتلافـــه .

وديـــة الثـــانى على عاقلة الأول فى أحـــد الوجهين ، لأنـــه هلك بجذبتـــه .

وان هلك بســـقوط الثالث عليـــه فقـــد هلك بجذبـــة الأول وجذبـــة نفســـه للثالث فسقط فعـــل نفســـه كالمصـــطدمين فتجب ديتـــه بكمالهـــا على الأول .

والوجـــه الثـــانى يجب على الأول نصـــف ديتـــه ويهـــدر نصـــفها فى مقابلة فعل نفسه

(١) المرجع السابق ص ٥٦٠ .
(٢) المرجع السابق نفس الموضع .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٦٠ ـــ ٥٦١ .

ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته ، كما اذا رمى ثلاثة المنجنيق فقتل الحجر أحدهم •
وأما الأول اذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة ••

وان جذب الثالث رابعا فمات جميعهم لوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع ، لأنه لم يفعل شيئا فى نفسه ولا غيره ، وفى ديته وجهان •

أحدهما : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه •

وثانيهما : على عاقلة الأول والثانى والثالث ، لأنه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم •

وأما الأول فأما أن يلغى فعل نفسه وتجب ديته على الثانى والثالث نصفين ، أو يجب على عاقلتهما ثلثاها ، ويسقط ما قابل فعل نفسه ، أو يجب على عاقلته ثلثها لورثته •

والجاذب الثانى فيه الأوجه المذكورة •

والجاذب الثالث فيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ، ووجهان أخران •

أن ديته بكمالها على الثانى ، لأنه المباشر •

أو أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثانى فى مقابلة فعله فى نفسه[1] •

وان هلكوا بأمر فى البئر مثل أسد كان فيه ، وكان الأول جذب الثانى ، والثانى جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع فقتلهم الأسد ، فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث •

وقيل : على عواقل الثلاثة أثلاثا • ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثانى ، وأما دية الثالث فعلى الثانى •

وقيل : على الأول والثانى نصفين ، وهى مسألة الزبية فقد روى أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد ، فاجتمع الناس على رأسها ، فهوى فيها واحد ، فجذب ثانيا ، فجذب الثانى ثالثا ، ثم جذب الثالث رابعا ، فقتلهم الأسد ، فرفع ذلك الى على رضى الله عنه ، فقال : للأول ربع الدية ، لأنه هلك فوقه ثلاثة ، وللثانى ثلث الدية ، لأنه هلك فوقه اثنان ، وللثالث نصف الدية ، لأنه هلك فوقه واحد ، وللرابع كمال الدية ، وقال : انى أجعل الدية على من حفر رأس البئر ، فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قال[2] •

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى : لو أن قوما حفروا فى حائط بحق أو بباطل أو فى معدن أو فى بئر فتردى عليهم الحائط

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٦٢ — ٥٦٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٦٤ .

أو الجرف فماتوا أو مات بعضهم .. فان كانوا لم يقصدوا الا العمل لا هدمه على أنفسهم فهم قتله خطأ على عواقلهم كلهم دية لكل من مات فقط ، فان لم يكن لهم عواقل فمن سهم الغارمين ، أو من كل مال لجميع المسلمين .

أو أن قوما وقفوا على جرف فانهار بأحدهم فتعلق بمن بقربه ، وتعلق ذلك بآخر فسقطوا فماتوا ، فالمتعلق بصاحبه قاتل خطأ ، فالدية على عاقلة المتعلق ، فكأن زيدا تعلق بخالد ، وتعلق خالد بمحمد ، فعلى عاقلة زيد دية خالد ، وعلى عاقلة خالد دية محمد فقط ، وكذلك أبدا ، لأن المتعلق بانسان الى مهلكة قاتل خطأ .

فلو تعلقوا هكذا فوقعوا على أسد ، أو ثعبان فقتلهم ، فان كان خطأ فلا شيء فى ذلك لأنه ليس من بينهم قاتل خطأ وانما قتلت البهيمة[1] ..

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[2] :

اذا حفر رجل بئرا فى موضع ، وهو متعد بالحفر فيه ـ كطريق المسلمين وكملك غيره ، ونحو ذلك ـ فان ما تلف بتلك البئر بالسقوط فيه ، فجناية خطأ من الحافر تضمن فيها عاقلته دية من وقع فيها .

فان تعدد الواقعون فلا يخلو أما أن يكونوا متجاذبين أولا ، وفى كل واحد من الحالين لا يخلو ، أما أن يكونوا متصادمين أولا ، ومتى كانت الجناية على أى الحالين عمل بمقتضى الحال من خطأ وعمد ، وتخصيص واهدار .

فاذا كانوا متجاذبين متصادمين ، كأن يسقط الأول ، فجذب ثانيا ، ثم الثانى ثالثا ثم الثالث رابعا فماتوا بسقوط بعضهم على بعض ، فانه يهدر من الأول سقوط الثانى عليه ، لأنه بسببه ، وحصته ربع الدية ، ويضمن الحافر ربع ديته ، والثانى ربعا ، والثالث ربعا ، ويهدر من الثانى سقوط الثالث عليه ، وحصته ثلث الدية ، ويضمن الأول ثلث ديته ، والثالث ثلثا ، ويهدر من الثالث سقوط الرابع عليه ، وحصته نصف الدية ، ويضمن الثانى نصف ديته ، ويضمن الثالث جميع دية الرابع .

وأما اذا كانوا متجاذبين غير متصادمين ، فان دية الأول على الحافر ، ودية الثانى على الأول ودية الثالث على الثانى ودية الرابع على الثالث .

وأما اذا كانوا غير متجاذبين وصدم بعضهم بعضا ، فربع دية الأول على الحافر ، وعلى الثلاثة ثلاثة أرباع ، ودية

(١) المحلى ج ١٠ ص ٥٠٥ .
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

الثـانى على الثالث والرابع نصـفين ، ودية الثالث على الرابـع ، ويهدر الرابـع .

وأما اذا كانـوا غـير متجـاذبين وغـير متصـادمين ، فان ديتهم كلهـا على عاقـلة الحـافر .

مذهب الاماميــة :

لو رمى جمـاعة بالمنجنيق فقتـل الحجر أجنبيـا ، فـان قصـدوا فهـو عمـد يجب القصـاص به ، والا فهـو خطأ ، والضمان يتعلق بجاذب الحبـال ، لا بصاحب المنجنيق ، ولا بواضـع الحجر فى المقـلاع ، ولا بممسك الخشب ، ولا بمن يسـاعد بغير المـد .

ولو عـاد الحجـر فقتل واحـدا منهم فهو شريـك فى قتل نفسـه .

فان كانـوا ثلاثـة فعلى كل واحـد ثلث الديـة ، ويسـقط ما قابـل فعـله .

ولو هلكوا أجمع فعـلى عاقـلة كل نصف دية البـاقين .

أما اذا كانـوا ثلاثـة وقتل بـه واحـد منهم فالوجـه أن على عاقـلة كل منهم ثلث الديـة .

قـال فى المبسـوط : اذا كانـوا عشرة فرموا حجـرا بالمنجنيق فقتل واحـد منهم ، فقـد مات بجنايتـه على نفسـه ، وجنايـة التسـعة عليه فما قابل جنايته على نفسـه ، فهـو هـدر ، وما قابـل جنايـة التسـعة مضـمون على عاقلة كل واحد من التسـعة عشر ديتـه ، فيكون لوارثـه تسـعة أعشـار الديـة .

وان قتـل الحجـر اثنين منهم فعلى عاقلة كل واحـد من البـاقين عشر دية كل من الميتين ، فيكون على عاقلة كل من الميتين عشر دية صـاحبه ، لأنه مات من جنايتـه على نفسـه ، وجنـاية التسـعة عليـه ، والميت أحـد التسـعة ، وعلى عاقلة كل واحـد من الباقين عشر دية كل واحـد من الميتين ، فتكون عاقلة كل واحـد من الثمانيـة قـد عقـلت خمس الدية : العشر لوارث هـذا الميت ، والعشر لـوارث الميت الآخـر ، فيحصـل لورثة كل واحـد من الميتين تسعة أعشـار الدية .

وهـكذا على هـذا الحسـاب ان قتـل الحجـر ثلاثة أو أربعة أو تسعة .

فأما ان رجـع الحجـر فقتلهم أجمعين فعـلى عاقلة كل واحـد منهم تسعة أعشـار الدية لورثة كل ميت العشر ، لأن كل واحـد منهم مات من جنـايته على نفسـه ، وجناية التسـعة عليـه فمـا يقـابل جنـايته هدر ، وما يقابل جنـاية التسـعة عليه مضمون ، فيـكون على عاقلة كل واحد من الباقين عشر ديتـه ، فيكون لورثة كل واحـد تسـعة أعشـار الدية على تسع عواقل[1] .

---

(١) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٤١ .

ولو اشترك ثلاثة فى هدم حائط فوقع على أحدهم فمات ، ضمن الباقيان ديته ، لأن كل واحد ضامن لصاحبه • وأصله ما روى عن أمير المؤمنين على عليه السلام من أنه قضى فى حائط اشترك فى هدمه ثلاثة نفر فوقع على أحدهم فمات فضمن الباقيين ديته لأن كل واحد منهما ضامن لصاحبه •

والأقرب أن عليهما ثلثى ديته كما هو مختار السرائر والنافع وغيرهما • • وهو الذى استنبطه فى السرائر والمبسوط من مسألة المنجنيق فنسبه اليه ونعم ما استنبط وحكاه فى المختلف عن أبى على ، لأنه شريك فى الجناية فيسقط ما قابل فعله ، والا لزم أن يضمن الشريك فى الجناية جناية شريكه ، وهو باطل ، ويمكن حمل الرواية على ذلك ، لعدم التصريح فيها بأن عليهما الدية كلها فتحمل على ارادة ثلثيها[1] •

ولو جذب شخصا وجذب الثانى ثالثا فماتوا بوقوع كل منهم على صاحبه ، فالأول مات بفعله وفعل الثانى ، فيسقط نصف ديته ، ويضمن الثانى النصف والثانى مات بجذبه الثالث عليه وجذب الأول ، فيضمن الأول النصف ولا ضمان على الثالث وللثالث الدية ، فان رجحنا المباشرة فديته على الثانى ، وان شركنا بين القابض والجاذب فالدية على الأول والثانى نصفين[2] •

أما اذا وقع رجل فتعلق بآخر وتعلق الثانى بالثالث وجذب الثالث رابعا فأكلهم الأسد ففيها عند الامامية روايتان ـ على ما جاء فى المختصر النافع بخصوص واقعة الزبية •

الرواية الأولى : رواية محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين على عليه السلام فى الأول بأنه فريسة الأسد وغرم أهله ثلث الدية للثانى ، وغرم الثانى لأهل الثالث ثلثى الدية وغرم الثالث لأهل الرابع الدية ••

والرواية الثانية هى رواية مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام : أن عليا عليه السلام قضى للأول ربع الدية وللثانى ثلث الدية ، وللثالث نصف الدية ، وللرابع الدية تماما ، وجعل ذلك على عاقلة الذين ازدحموا[3] •

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل وان قتل أحدا فريق متعدد اثنان أو ثلاثة ، أو أكثر خطأ ، لزم عواقلهم الثلث فى كل عام ، يعطى كلهم ثلث الدية على رءوسهم كل عام[4] •

(ب) الاشتراك فى القتل بالتسبب

مذهب الحنفية :

جاء فى المبسوط : اذا استأجر اجراء

---

(١) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٤٢ .
(٢) متن مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ .
(٣) المختصر النافع ص ٣٢٠ .
(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩ .

على حفر بئر فى غير فنائه فوقع فيها انسان ومات .

فان كانوا يعلمون أنها من غير فنائه فالضمان عليهم ، لأنهم جناة فى الحفر وأمره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا ، لأنه غير مالك للحفر بنفسه فى هذا الموضع ، وانما يعتبر أمره لاثبات صفة الحل ولدفع الغرور عن الحافر به ، وقد انعدما جميعا فى هذا الموضع فسقط اعتبار أمره ، فكان الضمان على الذين باشروا الحفر .

وان كان فى فنائه فالضمان على الآمر دون الاجراء علموا أو لم يعلموا ، لأن أمره فى فنائه معتبر[١] .

واذا حفر بئرا فى الطريق ثم جاء آخر فحفر منها طائفة فى أسفلها (أى عمقها) ثم وقع فيها انسان فمات ، فانه ينبغى فى القياس أن يضمن الأول ، كأنه الدافع، وبه يأخذ محمد ، لأن الأول بما حفر من وجه الأرض يصير كالدافع لمن سقط فى القعر الذى حفره صاحبه .

والاستحسان الضمان عليهما ، لأن هلاكه كان بسبب فعلهما ، فان الواقع فى البئر انما يهلك عند عمق البئر واتمام ذلك بفعل الثانى ، وقد انضم فعله الى فعل الأول فى اتمام شرط الاتلاف فيكون الضمان عليهما ..

ولو وسع أحد رأسها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان عليهما نصفين .

وتأويل هذا ان الثانى وسع رأسها قليلا على وجه يعلم أن الساقط انما وضع قدمه فى موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من حفر الثانى[٢] .

واذا سار الرجل على دابة فى الطريق ، فنخسها رجل باذن الراكب كانت الدية عليهما جميعا اذا كان فى فورها الذى نخسها فيه ، لأنه لما نخس باذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب فكان الضمان عليهما نصفين .

فأما اذا انقطع ذلك الفور كما اذا سارت ساعة وتركها من السوق فالضمان على الراكب خاصة[٣] .

واذا أقاد الرجل قطارا فى طريق المسلمين فما وطىء أول القطار وآخره فالقائد ضامن له وان كان معه سائق فالضمان عليهما .. وهما مشتركان فى

---

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٥ .

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦ — ١٧ .
(٣) المبسوط ج ٢٧ ص ٢ .

الضمان لاستوائهما فى السبب ، وهذا لأن السوق والقود فى الطريق مباح متيد بشرط السلامة بمنزلة الركوب ، فكما أن الراكب يجعل ضامنا بما تلف بسبب يمكن التحرز عنه ، فكذلك السائق والقائد •

والمعنى فى الكل أن الدابة فى يده فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه فى صرف الدابة بسوقه أو بقوده •

وان كان معهما سائق للابل وسط القطار فالضمان فى جميع ذلك عليهم أثلاثا ، لأن الذى هو فى وسط القطار سائق لما بين يديه ، فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه من الابل قائدا لما خلفه ، والسائق والقائد فى حكم الضمان سواء ، وكذلك ان كان يكون أحيانا فى وسطها ، وأحيانا يتقدم وأحيانا يتأخر ، لأنه فى جميع هذه الأحوال سائق للقطار أو قائد •

ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن •• وهو معهم فى الضمان فيما أصاب الذى هو عليه وما خلفه •

أما ما فى البعير الذى هو عليه ، فلأنه راكب والراكب شريك السائق والقائد فى الضمان •

وأما ما خلفه فلأنه قائد لما خلفه لأن ما خلفه زمامه مربوط ببعيره ومشى البعير الذى هو عليه يضاف الى الراكب فيجعل هو بهذا المعنى كالقائد لما خلفه •

ولو سقط شيء مما تحمل الابل على انسان فقتله أو سقط بالطريق فعثر فمات كان الضمان فى ذلك على الذى يقود الابل وان كان معه سائق فالضمان عليهما (١) •

واذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمد وقبلت شهادتهما ، ثم رجعا بعد القصاص ، فعليهما الدية فى مالهما ، وذلك أن الشاهد سبب للقتل ، والسبب لا يوجب القصاص ، كحفر البئر ، وهذا لأنه يعتبر فى القصاص المساواة ، ولا مساواة بين السبب والمباشرة ، فعرفنا أن الشاهد غير مباشر حقيقة ولا حكما (٢) ، فاذا لم يجب القود عليهما كان عليهما الدية ان رجعا ، وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية ، لأن كل واحد منهما سبب لاتلاف نصف النفس •

مذهب المالكية :

اذا أمسك انسان شخصا لآخر يبغى قتله ، فقتله وكان الممسك يعلم ذلك ولولا امساكه اياه لما تمكن قاتله من قتله ـ اقتص من الممسك لتسببه كما

---

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ٣ ، ٤ •
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٨١ •

يقتص من القاتل ، فان أمسكه لأجل أن يضربه ضربا معتادا أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه ، أو كان قتله لا يتوقف على امساكه له قتل المباشر وحده وضرب الآخر وحبس سنة .

وقيل : يحبس باجتهاد الحاكم .

وقيل : يجلد مائة فقط .

وكذا يقتل الدال اذا علم أن طالبه يريد قتله ، وكان لولا دلالته ما قتل المدلول عليه[1] .

ثم يقول الدردير : ويقتل المتسبب مع المباشر أى ولو لم يجتمعا فى وقت الهلاك كحافر البئر لمعين فرداه غيره فيها ، ولو كان ذلك من غير تمالؤ بين الحافر والمردى ، وكمكره — بكسر الراء ومكره — بفتحها يقتلان معا هذا لتسببه وهذا لمباشرته[2] ، (أنظر اكراه) .

واذا شهد اثنان على رجل بأنه قتل شخصا عمدا عدوانا ثم رجعا بعد الحكم والاستيفاء ، فقد اختلف المالكية فى ذلك .

فقيل : ان على الشاهدين دية الشخص الذى تسببا فى قتله ، حتى لو تعمدا الزور فى شهادتهما ، وهذا القول لابن القاسم .

وقال أشهب : يقتص منهما فى العمد .

وقد رجح العلامة خليل هذا الرأى حيث قال : عنه : وهو أقرب ، لأنهما قتلا نفسا بغير شبهة .

وعلى قول ابن القاسم يوجعان ضربا ، ويطال سجنهما ويغرمان الدية فى مالهما[3] .

مذهب الشافعية :

لو أمسك انسان شخصا فقتله آخر أو حفر بئرا فرداه فيها آخر — وهذه التردية تقتل غالبا ، فالقصاص على القاتل ، والمردى فقط دون الممسك ، والحافر[4] لأن فعله قد يقع اثر فعل الأول عندئذ لكن عليهما الاثم والتعزير .

أما غير الأهل كمجنون أو سبع ضار فلا أثر له لأنه كالآلة والقود على الأول كما قاله ابن الرفعة .

ولو أكرهه على قطع أو قتل شخص بغير حق فعلى المكره بكسر الراء القصاص ، ولا نظر الى أن المكره متسبب

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٣) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .
(٤) راجع نص الحديث فى مذهب الحنابلة .

والمكره مباشر ولا الى أن شريك المخطىء لا قود عليه لأنه معه كالآلة(١) .

ولو شهدا على آخر بما يوجب القصاص فى نفس أو طرف أو بردة أو بسرقة فقتل ، أو قطع بأمر الحاكم بشهادتهما ، ثم رجعا عنها وقالا : تعمدنا الكذب ، وعلمنا أنه يقتل بها لزمهما القصاص ، فان عفى عنهما فدية مغلظة ، لأنهما تسببا فى اهلاكه بما يقتل غالبا(٢) .

مذهب الحنابلة :

اذا أمسك انسان رجلا فقتله آخر فلا خلاف فى أن القاتل يقتل لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق ، وأما المسك فان لم يعلم ان القاتل يقتله فلا شىء عليه وان كان يعلم أنه سيقتله فقد اختلفت الرواية فيه عن أحمد .

فروى عنه أنه يحبس حتى يموت ، لما رواه الدار قطنى باسناده عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك ، ولأنه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل ذلك به حتى يموت .

وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما ، فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص .

وقد رجح ابن قدامة الرواية (٣) الأولى .

ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أنه يقتل الآمر دون المباشر(٤) .

وان وضع رجل حجرا ، وحفر آخر بئرا ، أو نصب سكينا فعثر آخر بالحجر، فوقع فى البئر أو على السكين ، فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين ، لأن واضع الحجر كالدافع له ، واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده(٥) .

وان شهد رجلان على رجل بجرح، أو قتل ، أو سرقه قد توجب القطع ، أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه ، أو قطع بالسرقة ، أو حد ، فأفضى الى تلفه ، ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما كالشريكين فى الفعل ، ويكون الضمان فى مالهما لا تحمله عاقلتهما ، لأنها لا تحمل اعترافا ، وهذا ثبت باعترافهما .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤١ .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ .
(٤) المغنى ج ٩ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ .
(٥) المغنى ج ٩ ص ٥٦٥ — ٥٦٦ .

وقد روى عن على رضى الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ، ثم أتيا بآخر فقالا : يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق ، انما هذا هو السارق فأغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولم يقبل قولهما فى الثانى .

وان أكره رجل رجلا على قتل انسان فقتله فصار الأمر الى الدية فهى عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا وجب عليهما[1] القصاص (انظر اكراه) .

مذهب الظاهرية :

اذا أمسك انسان رجلا فقتله آخر — فيقتل القاتل ، ويحبس الممسك حتى يموت ، لأن الممسك حبس انسانا حتى مات ، وقد قال الله تعالى : (والحرمات قصاص) فكان الممسك للقتل سببا ومتعديا ، فعليه مثل ما فعل ، فواجب أن يفعل به مثل ما فعل ، فيمسك محبوسا حتى يموت[2] .

وان أمر غيره بقتل انسان فقتله المأمور : فان كان متولى القتل مطيعا للآمر منفذا لأمره ، ولولا أمره اياه لم يقتله ، صح أنهما جميعا قاتلان ، واذن يكون عليهما جميعا ما على القاتل من القود ، سواء فى ذلك الآمر والمأمور .

وأما اذا أمره ففعل ذلك باختياره ، لا طاعة للآمر ، فالمباشر وحده هو القاتل فعليه القود وحده ، ولا شىء على الآمر، لأنه لا خلاف فى أنه لا يقع عليه ههنا اسم قاتل .. وانما الأحكام للأسماء فقط[3] .

ومن أعطى أحمق سكينا فقتل به قوما ، فلا شىء فى ذلك — على المعطى — لأنه لم يباشر شيئا من الجناية فلا يسمى قاتلا .

فلو أنه أمر الأحمق بقتل انسان بعينه فقتله ، فان كان الأحمق فعل ذلك طاعة له ، وكان ذلك معروفا فهو آمر ، والآمر عليه القود ، وان لم يفعل ذلك طائعا له ، فلا شىء فى ذلك ، لأنه لم يكن لا عن أمره ولا عن فعله[4] .

مذهب الزيدية :

اذا وضع رجل فى الطريق حجرا ، وآخر سكينا ، فعثر رجل بالحجر ، فقتله السكين ، فالضمان على واضع السكين ، اذ مات بها .

ولو وضع ثلاثة ثلاثا فعثر بأحدها ومات باثنتين فالدية على واضعى الحجرين مناصفة ، لأن الموت حصل بجناية الحجرين فهما كالمباشر مع السبب .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٧٨ — ٥٧٩ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ — ٥١٣ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ .
(٤) المحلى ج ١١ ص ٢ .

ولو نصب فى ملكه سكينا ووضع غيره حجرا متعديا فهلك بالسكين من عثر بالحجر فالضمان على واضع الحجر لتعديه ، اذ الحجر كالدافع على السكين ، وكذا ما أشبهه(١) .

ومن عثر بحجر وضع تعديا فوقع فى بئر كذلك ضمن واضع الحجر اذ هو كالدافع .

ومن سقط فى بئر حفر تعديا فجر آخر فماتا جميعا بالتصادم والهواء ضمن الحافر نصف دية الأول (الجاذب) ، وهدر النصف ، اذ مات بسببين : منه ومن الحافر .

وقيل : لا شىء على الحافر ، اذ هو فاعل سبب ، والجذب مباشرة .

وأما المجذوب فديته على الجاذب قولا واحدا اذ هو المباشر(٢) ..

ولو شهد اثنان على آخر بسرقة فقطعت يده ، ثم رجعا عن شهادتهما ، أو قالا : أخطأنا والسارق شخص آخر — فعليهما دية اليد مناصفة كما تدل على ذلك أثر على المشهور(٣) .

مذهب الامامية :

لو حفر بئرا قريب العمق فعمقها غيره فالضمان على الأول ، أو يشتركان .

وجه كون الضمان على الحافر الأول : أنه أسبق السببين ، فيحال عليه ، وهو مختار التحرير والارشاد مع احتمال الاشتراك فيهما .

وجه الاشتراك : أن التلف استند الى سبب فان المتلف انما هو التردى بمالها من العمق .

وعلى تقدير الاشتراك فالظاهر أن الضمان عليهما بالسوية .

ويحتمل التوزيع على القدر الذى أحدثه كل منهما .

ثم ان احتمال الاشتراك لعله انما يجرى اذا كان ما أحدثه الثانى مما يستند اليه التلف عادة بأن لا يكون قليلا جدا .

أما الأول فلابد من حفره حتى يبلغ ما يسمى بئرا فانه المفروض(٤) .

كما ذهب الى أنه اذا اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر كالدافع مع الحافر ، والمسك مع الذابح وواضع الحجر فى الكفة مع جاذب المنجنيق(٥) .

ولو اجتمع سببان متساويان فى العدوان مختلفان فى التقديم والتأخير بالنسبة الى الجناية ، فانه يقدم الأول

---

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤٣ .
(٢) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤٤ .
(٣) الروض النضير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٤) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٢٠ .
(٥) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣١٨ .

منهما فى الضمان وان تأخر حدوثه عن الآخر .

ولو حفر بئرا فى طريق مسلوك ونصب آخر حجرا فتعثر به انسان فوقع فى البئر فمات ، ضمن واضع الحجر ، لأن العثار بالحجر هو الذى ألجأه الى الوقوع فى البئر فكان هو المهلك بواسطة الوقوع ، وقد تحققت نسبة الضمان اليه قبل الآخر فيستصحب .

ولو نصب سكينا فى بئر محفورة فتردى انسان فمات بالسكين فالضمان على الحافر ، فانه بمنزلة الموقع له على السكين(١) .

مذهب الاباضية :

اذا أمسك الرجل شخصا وقتله رجل آخر غير الممسك له فان القود على الذى قتل والحبس للذى أمسك ، لما روى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم : اذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك .

وعن الشيخ أبى سليمان رحمه الله يقتل فى الرجل خمسة رجال : من ضربه ، ومن أشغله حتى ضربه الآخرون ، ومن أشار اليه بالأصبع ، ومن رده اليهم ، ومن أمسكه(٢) .

ولكن أن أمسكه واحد يظن أنهم يؤدبونه فلا يقتل .

ولو رجع الشهود عن شهادتهم بعد القصاص فعلى ولى القتيل الأول الدية لورثه من اقتص منه ، ويرجع الولى على الشهود .

وقيل : تجب الدية على الشهود بلا رجوع بذلك على ولى القتيل الأول . وهذا هو الصحيح : لأن الولى لم يتعمد ولم يخطىء .

وقيل : يجوز لولى القتيل الثانى قتل الشهود(٣) .

ومن أكره على قتل فقيل يقتل هو ، أو مكرهه ، أو كلاهما ان كان فتكا .

وقيل : يدرأ القتل على الذى أكرهه غيره (انظر اكراه) .

ومن أمر صبى غيره فعليه القود .
وقيل : الدية .

وقيل : اذا أمر الجبار رجلا بالقتل فللولى قتل من شاء منهما .

وقيل : يقتل القاتل وان لم يقدر عليه فالدية على الآمر .

وقيل يقتله ان لم يقدر على القاتل .

---

(١) المرجع السابق ج١٠ ص٣١٩ — ٣٢٠ .
(٢) شرح النيل ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ .
(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

وقيل : عليه القود وعلى القاتل الدية ان أجبر[١] .

الاشتراك فى الاعتداء على ما دون النفس .

مذهب الحنفية :

لا تقطع يدان بيد واحدة للتفاوت فى البدل والتفاوت فى المقدار ، وتأثير التفاوت فى المقدار فيما يعتبر فيه المماثلة أكثر من تأثير التفاوت فى الصفة .

ثم التفاوت فى الصفة ها هنا يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص كالصحيحة بالشلاء ، فالتفاوت فى المقدار أولى .

فكل واحد منهما قاطع بعض اليد سواء اختلف محل الفعل أو اتحد ، لأن القطع هو الفعل بين متصلين ، ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والنبات والجبال .

ونحن نتيقن أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، ولا معتبر بأمرار كل واحد منهما السلاح على جميع العضو ، لأن امرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه ، وما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر . هذا شيء يعرفه كل عاقل ، فعرفنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد ، ولا يجوز أن يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد ، لأن المساواة فى الفعل معتبرة لا محالة .

والدليل عليه أن القطع فى الجملة مما يحتمل الوصف بالتجزى ، وما يحتمل الوصف بالتجزى اذا اشترك فيه اثنان يضاف الى كل واحد منهما بعضه ، وان حصل على وجه غير متجزى .

وأما النفس فالقياس فيها هكذا .

ولكن تركنا القياس بالأثر وهو حديث عمر ، والمخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به الا أن يكون فى معناه من كل وجه ، لأن الفعل فى النفس لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال والفعل فى الطرف يحتمل الوصف بالتجزى ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى ، وفى النفس لا يتحقق ازهاق بعض الحياة دون البعض ، فلعدم احتمال التجزى هناك يجعل كاملا فى حق كل منهما ، ولاحتمال التجزى ها هنا يجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض ، اذ أن الفعل فى النفس يكمل بسراية فعله ، فانه لو جرح فسرى الى النفس كان مباشرا قتله ، والفعل فى الطرف لا يكمل بسراية الفعل ، وأنه لو قطع فسرى الى ما بقى حتى سقط لا يلزمه القصاص ، وسراية فعله أقرب الى فعله من فعل شريكه ، فاذا لم يجز تكميل فعله بسراية فعله فى حكم القصاص ، فلأن لا يجوز تكميله بفعل شريكه أولى ولا معنى لاعتبار الزجر ، فان معنى الزجر معتبر بعد وجود المماثلة ، بدليل أنه لا تقطع يد الحر بيد العبد ، ولا الصحيحة بالشلاء ، لانعدام المماثلة وان وقعت الحاجة الى الزجر ، ولأن

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١٤٨ .

المشـــتركين فى أدنى ما يتعلق به القطـــع لا يلزمهما القطـــع ، كما لـــو اشـــترك رجـــلان فى سرقة نصاب واحـــد لا يقطع واحد منهما وان كان المسروق درة لا تحتمـــل التجـــزى ، وبه فارق النفس ، فان المشـــتركين فى أدنى ما يوجب القتـــل حقـــا لله تعـــالى يلزمهمـــا القتـــل نحـــو ما اذا اشـــتركا فى قتـــل رجل فى قطـــع الطريق فيعتبر حق العبـــد بحـــق الله تعـــالى فى الفعلين جميعـــا .

واذا ثبت أنه لا يجب القصـــاص عليهمـــا قلنـــا يجب على كل منهمـــا نصف دية اليـــد فى مـــاله ، لأنا نتيقن أن كل واحـــد منهمـــا قاطع للنصف والفعـــل عمـــد .

وكذلك اذا وضـــع كـــل واحـــد منهمـــا السـكين من جانب فانا علمنـــا أن كل واحد منهمـــا قطـــع نصـــف اليـــد فيلزمه نصـــف الدية ، وانمـــا يصـــار الى حكومة العـــدل اذا لم يعـــلم أن كل ما قطعـــه كل واحـــد منهمـــا قـــدر النصف (١) .

مذهب المالكيـــة :

اذا اشـــــترك جمـــاعة فى جنـــــاية على شـــخص فيمـــا دون النفس ، بـــلا تمـــالؤ وتميـــزت جنـــاية كل واحـــد منهم فمن كل يقتص بقـــدر فعـــله مســـــاحة ولا ينظـــر لتفاوت العضـــو بالرقة والغلظ (٢) .

ويقـــول الدســـوقى : أنه يقتص من كل واحـــد بمســـــاحة ما جرح ، ولا يضر كـــون المســـاحة قـــد تكون ثلث عضو المجنى عليـــه ونصف عضـــو الجـــانى وبالعكس .

ثم يقـــول الدردير : (بقى النظـــر فيمـــا اذا لم تتميز فهل يلزمهم ديـــة الجميـــع ، أو يقتص من كل بقـــدر الجميع ، لكن الثـــانى بعيـــد جـــدا ، اذ لو كانوا ثلاثة قلع أحدهم عينـــه ، والثـــانى قطـــع يـــده ، والثـــالث قطع رجـــله ولم يتميز فعـــل كل واحـــد لزم قلع عين كل واحـــد وقطع يـــده ورجـــله مع أنـــه لم يجن الا على عضـــو فقط .

وأمـــا ان تمـــالؤا فانه يقتص مـــن كل بقـــدر الجميـــع تميزت أم لا .

فاذا تعـــدد العضـــو المجنى عليـــه بأن قلع واحـــد عينـــه وواحـــد قطع رجله وكانا متمالئين على قطع عينـــه وقطع رجـــله ، فانه تقلع عين كل واحـــد منهمـــا ، وتقطع رجله .

واذا اتحـــد العضو المجنى عليـــه كمـــا اذا تمالآ جمـــاعة على قطع شخص فـــانه يقطع كل واحـــد(٣) .

مذهب الشـــافعية :

جـــاء فى نهـــاية المحتـــاج : ولو وضـــع جمـــاعة أو عـــدد منهم .. سيفا مثـــلا على

(١) المبســـوط ج ٢٦ ص ١٣٧ — ١٣٨ — ١٣٩ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٥٠ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٥٠ — ٢٥١ .

يـد انسـان وتحاملوا كلهم عليـه دفعـة •• فأبانوهـا ولـو بالقـوة قطعوا ، كما لـو اجتمعـوا على قتـل نفس •

وانمـا اشـترط فى قطع السرقة أن يخص كلا من المشـتركين نصـاب ، لأن التوزيع ممكن ثم لاهنـا ، على أن حـق الله يتسامح فيـه أكثر(١) •

ويقـول الامام الشـافعى فأما ان قطـع هـذا يـده من أعلاها الى النصف ، وهـذا من أسـفلها حتى أبانهـا ، فلا تقطع أيديهما، ويحـز من هـذا بقـدر ما حـز من يده ، ومن هذا بقدر ما حز من يده ان كان هـذا يسـتطاع(٢) ، فـان لم يسـتطع ذلك فعلى كل منهمـا حكومة تليق بجنايته بحيث يـكون مجمـوع الحكومتين دية اليـد ، أى ان عرفت جنـاية كل منهمـا ، والا فيحتاط القاضى فى فرضـه ، بحيث لا يحصـل ظلم لأحـدهما ولا نقص لمجمـوع الحـكومتين عن الدية ، فان لـم يظهـر للقـاضى شىء فينبغى أن يسـوى بينهما فى الحكومة(٣) •

ولو أوضـحه جمع بأن تحاملوا على آلة وجروها معـا أوضـح من كل واحـد منهم مثـل موضـحته لا قسـطه منهـا فقط اذ ما من جـزء الا وكل منهم جـان عليـه ، فأشـبه ما لو اشـتركوا فى قطع عضـو ، فلو آل الأمـر للـدية وجب علـى كل أرش كامل ، كمـا رجحه أمـام الحرمين الجوينى ، وجـزم به فى الأنوار •

وقـال الأذرعى أنه المذهب خـلافا للبغوى والمـاوردى •

وقيـل : يوضـح قسـطه من الموضـحة لامكان التجـزى بخـلاف القتـل •

ورد : بأنه لا نظـر لامـكانه مع وجـود موضحة كاملة من كل •

مذهب الحنـابلة :

اذا اشـترك جمـاعة فى موجب للقصاص فيمـا دون النفس وجب القصـاص علـى جميعهم(٤) • لأثر عـلى فيمن شـهدا على انسـان بسرقة فقطعت يـده ثم رجعـا عن شـهادتهما — اذ قـال : لو علمت أنكمـا تعمدتما لقطعتكمـا ، ولأنـه أحـد نوعى القصـاص فتؤخذ الجماعة بالواحـد كالأنفس ووجـوب القصـاص علـى المشـتركين فى الطرف انما يـكون اذا اشـتركوا فيـه على وجـه لا يتميز فعـل أحـدهم عن فعـل الآخر ، اما بأن يشـهدوا عليـه بمـا يوجب قطعـه فيقطع ، ثم يرجعـون عن الشـهادة أو يكرهوا انسـانا على قطع طـرف فيجب قطـع المكرهين كلهم والمكـره أو يلقـوا صخرة على طـرف انسـان فيقطعـه ، أو يقطعوا يدا أو يقلعوا عينـا بضربة واحـدة ، أو يضـعوا حـديدة على مفصـل ويتحاملوا

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٨ وحاشية الشبراملسى بنفس الموضع .
(٢) الأم ج ٦ ص ٢٠ طبع الشعب .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٥ .
(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٧٠ ، ٣٧٢ .

عليهـا جميعـا ، أو يمـدوها فتبـين ، فان قطـع كل واحـد منهم من جانب أو قطـع أحـدهم بعض المفصـل وأتمـه غيره ، أو ضرب كل واحـد ضربة أو وضـعوا منشـارا على مفصـله ثم مده كل واحـد اليـه مرة مـرة حتى بانت اليـد ، فلا قصـاص فيه ، لأن كل واحـد منهم لم يقطـع اليـد ولم يشـارك فى قطع جميعهـا ، وان كان فعـل كل واحـد منهم يمكن الاقتصـاص بمفـرده منـه اقتص منـه(١) .

وقيـل : لا تقطـع يدان بيـد واحـدة ويتعين ذلك وجهـا فى مذهب أحمـد وقـد رجح ابن قدامة الوجه الأول(٢) .

مذهب الظـاهرية :

قـال ابن حـزم من أمسـك آخـر حتى فقئت عينـه أو قطـع عضـوه أو ضرب .. فالحـكم فى هـذا هـو أن يقتص من الفاقىء والكاسر والقاطع والضارب بمثـل ما فعـل ، ويعـزر الممسـك ويسـجن على مـا يـراه الحـاكم (٣) .

ومن أمره غيره بقطع يـد انسـان آخـر فالآمر بالقطع يسمى فى اللغة والشريعة قاطعا متى كان متولى القطـع مطيعـا للآمر منفذا لأمره ، ولولا أمره اياه لـم يفعـل وعنـدئذ فعليهمـا جميعـا ـ أى الآمـر والمأمور ـ القـود .

وأما اذا أمره ففعل ذلك باختياره لاطـاعة للآمر فالمبـاشر وحـده القـاطع والجـانى فعليـه القـود وحـده ولا شىء على الآمر ، لأنه لا خـلاف فى أنـه لا يقـع عليـه ههنا اسم قاطع وانمـا الأحكام للأسماء فقط (٤) .

مذهب الزيدية :

اذا قطـع جمـاعة يـد رجـل ولم يتميز فعـل بعضهم من بعض بل أجروا السيف معا ونحـو ذلك قطعوا جميعـا كالنفس ، لأثر على فى الشـاهدين بالسرقة ، فان قطع أحدهما بعض العضـو ثم أبانه الآخـر أو وضـع أحدهمـا السـكين من جانب ، والآخـر من الجانب الآخـر ، ثم أباناه ، فلا قصـاص على أيهمـا اذ كل منهمـا قاطع بعضـا فلا تؤخـذ كل يده ببعض يد (٥) .

ولـو اشـترك رجـلان فى موضحتين ثم أزال أحدهمـا الحـاجز فعلى المزيل نصـف أرش موضـحة ، وعلـى الثـانى موضـحة كامـلة(٦) .

ومن جنى جـائفة ثم أدخل آخر فيهـا سـكينا فلا شىء عليـه الا التعـزيز ، فان وسـعها ظاهرا وباطنـا فجائفة أخـرى ، وان وسـعها فى احدهمـا ـ أى أحـد الوجهين الظـاهر أو الباطن ـ فحكومة (٧) .

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ .
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٣ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ .
(٥) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٣٠ .
(٦) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٨٧ .
(٧) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

مذهب الامامية :

يقتص من الجماعة فى الأطراف كما يقتص فى النفس بلا خلاف ولا اشكال .

فلو اجتمع جماعة على قطع يد انسان أو قلع عينه فله الاقتصاص منهم جميعا بعد رد ما يفضل لكل واحد منهم عن جنايته وله الاقتصاص من واحد ويرد الباقون دية جنايتهم — نحو ما هو مقرر فى النفس — ولصحيح أبى مريم الانصارى عن أبى جعفر عليه السلام فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل قال : ان أحب أن يقطعهما أدى اليهما دية يد يقتسمانها ثم يقطعهما ، وان أحب أخذ منهما دية يده وان قطع يد أحدهما رد الذى لم تقطع يده على الذى قطعت يده نصف الدية . وبالجملة فلا أشكال فى اتحاد الطرف والنفس فى ذلك[1] .

واذا أوضحه موضحتين .. وجاء آخر فأوصل ما بينهما فعلى الأول ديتان وعلى الثانى دية واحدة[2] .

ولو أوضحه فهشمه فيها آخر ثم نقل[3] ثالث ثم أم رابع[4] فعلى الأول خمسة أبعرة وعلى الثانى خمسة أيضا وكذا على الثالث وعلى الرابع ثمانية عشر كمال دية المأمومة[5] .

(١) جواهر الكلام ج ٦ ص ٥٣٩ — ٥٤٠ .
(٢) متن مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٤٩٧ .
(٣) نقل بتشديد القاف المفتوحة من المنقلة بكسر القاف وهى الشجة التى تنقل العظم اى تكسره .
(٤) أم بفتح الهمزة وتشديد الميم المفتوحة من المأمومة وهى الشجة التى تصل الى ام الرأس .
(٥) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٥٠٠ .

مذهب الاباضية :

ان قطع رجلان يد آخر كان له أخذ ديتها أو قطع يد أحدهما : اليمنى ان قطعت يمناه ، أو اليسرى ان قطعت يسراه ولمن قطعت يده أخذ نصف ديتها من الآخر .

وقيل : يقطع لكل يدا ، لأن كل منهما قاطع .

وقيل : له عليهما دية يده لا القطع ، لأنه ان قطع لكل يدا فقد زاد ، لأن المقطوع يد واحدة وان أراد القطع لواحدة فعلى أى منهما يسلط وقد اجتمعا عليه ؟

وقيل : له ديتها على كل منهما[6] .

وان جرحه الأول سمحاقا[7] .. وأوضح الثانى الجرح أو السمحاق .. لزم الأول أرش السمحاق ولزم الثانى ما بينهما — أى ما بين السمحاق والموضحة يعنى مافضلت به الموضحة عن السمحاق وهو بعيران وكذا غيرهما من الجراحات ، وكذا جارحون ثلاثة فصاعدا وسواء فى ذلك أتوالى النوعان من الجراحات أو حصل بينهما نوع فصاعدا مثل أن يجرحه الأول باضعة[8] والثانى سمحاقا[9] .

(٦) شرح النيل ج ٨ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .
(٧) السمحاق الشجة التى تقف على السمحاقة وهى الجلدة المغشية للعظم .
(٨) الباضعة : الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنه لا يسيل الدم ، فان سال فهى الدامية .
(٩) شرح النيل ج ٨ ص ٥٢ .

٢ ــ الاشتراك فى جريمة السرقة

مذهب الحنفية :

اذا اشترك جماعة فى سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع كل منهم ، لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ، ويجب القطع على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه[1] ، وان لم يصب كل واحد منهم نصابا فلا قطع ، لأن القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد[2] .

واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت ــ عند النقب أو على الباب ــ فلا قطع عليهما ، لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروج الداخل ، والثانى لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم تتم السرقة من كل واحد ، وسواء فى ذلك اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده .

وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وأن ادخل الخارج يده فتناولها من الداخل فعليهما القطع[3] .

وقال الكمال : والوجه أن يقطع الداخل كما روى عن أبى يوسف ، لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه ، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال ــ بمعنى أن ذلك لا يورث شبهة فى السرقة ، لأنه هتك الحرز وأخرج المال بالفعل .

وما قيل : ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ــ هذا القول ــ ممنوع بل السرقة تمت بالداخل وحده ، وانما تتم بهما اذا أدخل الخارج يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان .

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا ، وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمة الله ، لأن الاخراج وجد منه فتمت السرقة به .

ووجه الاستحسان أن الاخراج وان قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل ، لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى .

فاذا باشر بعضهم القتل والأخذ ، والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم ، اذ أن قدرة القاتل والآخذ انما هى بهم فكذا هذا ، فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله ، ولأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ، لأدى الى سد باب الحد[4] .

---

(١) الهداية مع الفتح ج ٤ ص ٢٢٥ .
(٢) الفتح ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .
(٣) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .
(٤) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

واذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت ، وأخرج المتاع أن عرف بعينه وأن لم يعرف فعليهم التعزير ، ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل[1]

وان سرق رجلان ثوبا يساوى عشرة من رجل لم يقطعا ، لأن سرقة كل واحد منهما نصف النصاب وأنه عند تعدد السراق لا يصيب كل واحد منهم الا شىء يسير قل ما يرغب فيه ، ولا تقطع اليد فى الشىء التافه ..

وان كانت قيمة الثوب بحيث يبلغ نصيب كل واحد من السارقين منه عشرة دراهم فانه يقطع كل واحد منهما ، لأن التعاون مما يزيد رغبة السارق فى الاجتراء على السرقة فالحاجة الى شرع الزجر فى هذه الحالة أظهر[2] .

واذا سرق رجلان من رجل ثوبا وأحدهما أب المسروق منه لم يقطع واحد منهما .

أما الأب فللتأول له فى مال ولده بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم ــ أنت ومالك لأبيك ، ولأنه قد يدخل بيته من غير استئذان عادة فلا يكون بيته حرزا فى حقه ، والسرقة فعل من السارق .

(١) شرح العناية هامش الفتح ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٢) المبسوط ج ٩ ص ١٤٢ .

فاذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة وهو نظير ما قالوه فى الأب والأجنبى اذا اشتركا فى قتل الولد .. لم يجب القصاص على واحد منهما[3] .

واذا شهد شاهدان على رجلين أنهما سرقا من هذا الرجل ألف درهم وأحد الرجلين غائب قطع الحاضر ، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأخير وهو قولهما .

وفى قوله الأول لا يقطع ..

وجه قوله الأول : أن الغائب لو حضر ربما يدعى شبهة يدرأ بها القطع عن نفسه وعن الحاضر ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذا لا يجوز كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر أن يستوفيه حتى يحضر الغائب .

ووجه قوله الآخر : أن السرقة ظهرت على الحاضر بالبينة أو بالاقرار فيستوفى الامام حق الله تعالى ، وهذا لأن السراق يحضرون وقل ما يحضرون ، بل فى العادة يهربون ، وبعضهم يوجد ، وبعضهم لا يوجد ، فلولم يقطع الحاضر أدى الى سد باب هذا الحد وما من شبهة يدعيها الغائب الا والحاضر يتمكن من أن يدعى ذلك ، والشبهة التى يتوهم اعتراضها لا تمنع الاستيفاء فان جاء الغائب بعد ذلك لا يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد تلك البينة عليه أو غيرها

(٣) المبسوط ج ٩ ص ١٠١ .

فيقطع حينئذ ، لأن تلك البينة فى حق الغائب قامت بغير محضر من الخصم فان الحاضر لا ينتصب خصما عنه : أما لأن النيابة فى الخصومة فى الحد لا تجرى ، أو لأنه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب ، فلهذا يشترط اعادة البينة على الغائب ليقطع[1] .

واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما : هو مالى لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل فى حق الراجع منهما ويورث الشبهة فى حق الآخر ، ولأن السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فتتحد الشبهة فيهما[2] .

مذهب المالكية :

اذا اشترك سارقان أو أكثر فى حمل مسروق واخراجه من حرزه ، فان نال كل واحد منهما نصاب من المسروق لوقسم بينهما قطعا ، سواء استطاع كل منهما وحده حمله واخراجه من الحرز أم لا وأن لم ينل كل واحد نصاب .

فان استطاع كل منهما حمله واخراجه من حرزه وحده فلا قطع .

وان لم يستطع ذلك واشتركا فى اخراجه فانهما يقطعان معا[3] .

وكذا القطع على جماعة رفعوه على ظهر أحدهم فى الحرز ثم خرج به اذا لم يقدر على اخراجه الا برفعهم معه ، ويصيرون كأنهم حملوه على دابة فانهم يقطعون اذا تعاونوا على رفعه عليها .

وأما لو حملوه على ظهر أحدهم وهو قادر على حمله على ظهره بدونهم كما اذا كان المسروق ثوبا قطع وحده .

ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشىء دون الآخر وهم شركاء فيما أخرجوه لم يقطع منهم الا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم[4] .

ولا قطع على داخل فى حرز تناول النصاب منه شخص خارج الحرز ـ بأن مد يده لداخل الحرز فناوله الداخل .

وانما يقطع الخارج ، لأنه الذى أخرجه من حرزه .

فان لم يمد الخارج يده وانما ناوله الداخل بمد يده له خارج الحرز قطع الداخل فقط لأنه الذى أخرجه من الحرز[5]

واذا نقب السارق الحرز فقط ولم يخرج النصاب منه فانه لا يقطع ، فلو أخرج غيره النصاب من ذلك النقب فلا قطع على ذلك الغير أيضا ، لأن النقب يصير المال فى غير حرز . وهذا اذا لم يتفقا على أن أحدهما ينقب والآخر يخرجه من الحرز ، فان اتفقا على ذلك قطع المخرج فقط على ما فى المدونة[6] .

---

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٧٠ .
(٢) الهداية والفتح ج ٤ ص ٢٥٨ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٥ .

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٥ .
(٥) الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤٣ .
(٦) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٤ .

وأن التقيا بأيديهما فى المناولة وسط النقب فأخرجه الخارج بمناولة الداخل ، أو ربطه الداخل بحبل ونحوه فجذبه الخارج عن الحرز قطعا معا فى المسألتين[١] .

واذا اشترك المكلف مع صبى فى سرقة نصاب فانه يقطع المكلف فقط دون الصبى ، ومثل الصبى المجنون .

وهذا بخلاف اشتراك السارق مع أب عاقل أو أم أوجد لرب المال فلا قطع على شريكه لدخوله مع ذى شبهة قوية[٢] .

مذهب الشافعية :

لو اشترك اثنان فى اخراج نصابين من حرز قطعا ، لأن كلا منهما سرق نصابا توزيعا للمسروق عليهما بالسوية ، فاذا كان ما أخرجه أحدهما متميزا عما أخرجه الآخر قطع من مسروقه نصاب دون من مسروقه أقل[٣] .

ولو نقب واحد وأخرج غيره ولو بأمره — حيث لم يكن غير مميز أو أعجميا يعتقد وجوب الطاعة .. فلا قطع على واحد منهما اذ الأول لم يسرق ، والثانى أخذ من غير حرز .

ولو تعاونا فى النقب وانفرد أحدهما بالاخراج أو وضعه ناقب قرب النقب فأخرجه آخر .. قطع المخرج فيهما ، لأنه السارق .

ولو تعاونا فى النقب ثم أخذه أحدهما ووضعه بوسط نقبه فأخذه خارج وهو يساوى نصابين أو أكثر لم يقطعا فى الأظهر ، لأن كلا منهما لم يخرجه من تمام الحرز ، وكذا لو ناوله الداخل للخارج فيه .

وللقول الثانى يقطعان — لاشتراكهما فى النقب والاخراج[٤] .

مذهب الحنابلة :

اذا اشترك الجماعة فى سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا ..

وقال الثورى واسحق لا قطع عليهم الا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا ، لأن كل واحد لم يسرق نصابا فلم يجب عليه القطع ، كما لو انفرد بدون النصاب

قال ابن قدامة : وهذا القول أحب الى ، لأن القطع ههنا لا نص فيه ، ولا هو فى معتبر المنصوص والمجمع عليه فلا يجب ، والاحتياط باسقاطه أولى من الاحتياط بايجابه لأنه مما يدرأ بالشبهات[٥] .

فان كان أحد الشريكين مما لا قطع عليه كأب المسروق منه قطع شريكه فى

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤٤ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٣٥ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٦ — ٤٣٧ .
(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ — ٢٩٦ .

أحد الوجهين كما لو شاركه فى قطع يد ابنه .

والوجه الثانى لا يقطع وهو أصح ، لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما ، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع ، لأنه أخذ ما يحق له أخذه بخلاف قطع يد ابنه ، فان الفعل تمحض عدوانا ، وانما سقط القصاص لفضيلة الأب ، لا لمعنى فى فعله ، وههنا فعله قد تمكنت الشبهة منه ، فوجب أن لا يجب القطع به ، كاشتراك العامد والخاطىء .

وان أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الأب ، لأنه انفرد بما يوجب القطع .

وان أخرج الأب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان المتقدمان .

وان اعترف اثنان بسرقة نصاب ، ثم رجع أحدهما فقيل : يقطع الآخر .

وقيل : لا قطع عليهما ، لأن السبب السرقة منهما ، وقد اختل أحد جزأيها برجوع أحدهما .

وكذلك لو أقر بمشاركة آخر فى سرقة نصاب ، ولم يقر الآخر ففى القطع وجهان [1] .

وعن أحمد أنه قال فى رجلين دخلا دارا : أحدهما فى سفلها جمع المتاع وشده بحبل ، والآخر فى علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لأنهما اشتركا فى اخراجه .

وان دخلا جميعا فأخرج احدهما المتاع وحده فالقطع عليهما .

وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر نصابا أو أكثر من نصاب وجب القطع عليهما [2] .

وان نقبا حرزا ودخل أحدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الخارج يده فأخرجه فقياس مذهب أحمد أن القطع عليهما ، لأنهما اشتركا فى هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجاه .

وان وضعه فى النقب فمد الآخر يده فأخذه فالقطع عليهما أيضا .

وان نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما ، لأن الأول لم يسرق والثانى لم يهتك الحرز وانما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه ما لو نقب وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه .

وان نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضا على واحد منهما وان كان المأمور صبيا مميزا ، لأن المميز له اختيار ، فلا يكون آلة للآمر كما لو أمره بقتل

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ .

انســان فقتله ، وان كان غــير مميز وجب القطــع على الآمر لأنه آلتــه [١] •

وان اشترك رجــلان فى النقب ودخــل أحــدهما فأخــرج المتــاع وحــده أو أخذه وناوله للآخــر خارجا من الحــرز أو رمى به الى خــارج الحرز فأخذه الآخــر فالقطــع على الداخل وحــده ، لأنه مخــرج المتــاع وحــده مع المشـــاركة فى النقب •• ولأن المسروق خرج من الحــرز ويده عليــه فوجب عليــه القطع كمــا لو خرج به [٢] •

مذهب الزيدية :

اذا اشـــترك جمــاعة فى سرقة فــانهم يقطعون سواء سرقوا من واحــد أو سرقوا من جمــاعة ، لأن كلا منهم ســـارق لهــا كجمــاعة قتــلوا رجلا عمــدا •

أمــا اذا أخــذ كل واحــــد دون العشرة (النصــاب) بأن أخــرج هــذا المقــدار من الحــرز مســتقلا عن الآخرين فلا قطع •

وذلك بخــلاف ما اذا جذبوها معــا فانهم يقطعون اذ لم يجــذب كل واحــد بعضــها بل انما جذب الكل •

ولــو دفعــه الداخــل ـــ أى دفع الشىء المسروق ـــ حتى أخــرجه وحمــله الخــارج قطــع الداخــل اذ هو الهاتك ـــ اذ القطــع شرع للهتك وقــد حصــل من الداخــل •

ولــكن لــو خــرج الشىء المسروق بدفــع الداخــل وجذب الخــارج قطعــا معــا اذ كل منهما هاتك •

ولو حمــل من داخــل الحــرز صــبيا أو مجنــونا أو بهيمــة خرجت بغير ســوقه أو توجيهه فلا قطــع اذ الهاتك غيره [٣] •

واذا اشــــترك جمــــاعة فى نقب حــرز فدخلوا وأخــرج كل منهم مالا تفرد به قطع من أخــرج نصــابا لا دونه كمــا لو انفــرد بالنقب وكذا لو أخــرج بعضــهم لــم يحــد البعض الآخــر •

ولــو حمــل أعمى مقعدا فدله حتى أخــذ الشىء المسروق وأخرجه من الحــرز فالقطــع على الأعمى •

وقيــل عليهمــا اذ لم يخرج الا بفعلهما [٤]

واذا أقــر رجــلان بالســرقة ثــم ادعى أحــدهما أنـــه مــاله ســـقط عنــه الحــد برجــوعه عن الاقرار •• ويحــد الذى لــم يرجــع [٥] •

مذهب الاماميــة :

اذا اشــترك ، اثنــان فى سرقة فلا يخــلو الحــال من أمرين الأمــر الأول : أن يــكون كل واحــد منهما قد أخــرج نصف نصــاب على حدته ، ولا خــلاف حينئذ فى أنه لا قطع على أى واحــد منهمــا •

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ •
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ •

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ١٧٧ •
(٤) المرجع السابق ج ٥ ص ١٨٠ ، ١٨١ •
(٥) المرجع السابق ج ٥ ص ١٨٥ •

الأمر الثانى : أن يكون الاثنان قد سرقا نصابا ـ بأن أخرجاه معا بوضع أيديهما عليه ، وهذا محل خلاف اذ فى وجوب القطع بناء عليه قولان .

المختار فى النهاية منهما أنه يجب القطع لصدق سرقة النصاب على مجموعهما .. فقد روى الأصحاب أنه اذا بلغت السرقة نصابا وأخرجوها بأجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا .

بل فى الصحيح قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى نفر نحروا بعيرا فأكلوه ، وشهدوا على أنفسهم أنهم نحروه جميعا لم يخصوا أحدا دون أحد ، فقضى عليه السلام أن تقطع أيمانهم ، ولم يستفصل عن بلوغ نصيب كل منهم نصابا .

وقال فى الخلاف ، وهو محكى عن المبسوط اذا نقب ثلاثة فبلغ نصيب كل واحد نصابا قطعوا وان كان دون ذلك فلا قطع .

فان نقبا معا فدخل أحدهما فأخذ نصابا فأخرجه بيده الى رفيقه وأخذه رفيقه ولم يخرج هو من الحرز كان القطع على الداخل دون الخارج .

وهكذا اذا رمى به من داخل الحرز فأخذه رفيقه من خارج .

وكذلك لو أخرج يده الى خارج الحرز فالقطع فى هذه المسائل الثلاث على الداخل دون الخارج .

وقال قوم : لاقطع على واحد منهما .
والأول أصح .

ولو هتك الحرز جماعة فأخرج المال من الحرز أحدهم فالقطع عليه خاصة بلا خلاف أحد فيه بينهم ، لانفراده بالموجب الذى هو اخراج المال من الحرز بعد هتكه ولو بالاشتراك مع غيره على السوية أو مع التفاوت فهو السارق وحده دون شركائه بالهتك .

ولو قربه أحدهم من النقب مثلا وأخرجه الآخر فالقطع على المخرج له من الحرز لذلك أيضا ضرورة كون عدم صدق السرقة على الأول بالتقريب اذ هو كرفع المال فى الحرز من مكان الى مكان آخر .. وكذا لو وضعها الداخل فى وسط النقب وأخرجها الخارج (١) ..

مذهب الاباضية :

ان سرق جماعة نصابا فانهم يقطعون ولو لم يكن فى نصيب كل واحد منهم نصابا (٢) .

ثانيا ـ الاشتراك فى المعاملات المالية :

هذا النوع من الاشتراك يطلق عليه الفقهاء (اصطلاح شركة) وهى نوعان : شركة الملك وشركة العقد .

---

(١) جواهر الكلام ج ٦ ص ٥٠٧ وما بعدها .
(٢) شرح النيل ج ٧ ص ٦٥١ .

فشركة الملك أن يشترك رجلان فى ملك مال وذلك نوعان •

ثابت بغير فعلهما ، كالميراث •

وثابت بفعلهما ، وذلك بقبول الشراء ، أو الصدقة ، أو الوصية •

والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الأجنبى فى التصرف فى نصيب صاحبه (انظر مصطلح شركة) •

وأما شركة العقد فهى الشركة الناشئة عن تعاقد بين شخصين أو أكثر •

وهى اما شركة أموال ، أو شركة وجوه ، أو شركة صنائع •

وكل منها اما مفاوضة أو عنان •

فالأقسام ستة •

وتفصيل القول فى أحكام الشركات وأقسامها ومذاهب الفقهاء فيها يرجع اليه فى مصطلح (شركة) •

ثالثا — الاشتراك فى الحقوق :

تكلم علماء الشريعة عن هذا النوع من الاشتراك فى مواطن مختلفة •

فعلماء الأصول قسموا الحقوق الى ثلاثة أقسام •

حق الله •

وحق العبد •

والحق المشترك بين الله والعبد •

ومثلوا لهذا النوع الأخير بالقصاص فقالوا : أنه حق مشترك بين الله وبين العبد ولكن حق العبد فيه غالب(١) •

ثم ان الفقهاء نظروا الى أن الاشتراك قد يتعلق بحق القصاص من زاوية أخرى : هى أنه اذا تعدد أولياء المقتول كان حق القصاص مشتركا بينهم فلهم استيفاء هذا الحق ، ولهم العفو عن الجانى ، فاذا عفا أحد الشركاء سقط القصاص — عند جمهور الفقهاء — لأنه حق مشترك بينهم لا يتبعض ، فاذا أسقط بعض الشركاء حقه سرى ذلك الى الباقى كالعتق (٢) •

وتفصيل ذلك يرجع اليه فى موضعه (انظر مصطلح قصاص) •

رابعا — الاشتراك فى دلالة الألفاظ :

يتحقق الاشتراك فى دلالة الألفاظ فى نوعين مما يسمى — فى لسان الشرعيين — بالمشترك :

أحدهما : المشترك اللفظى ، وهو : ما تعدد وضعه ، وتعدد معناه بحسب وضعه كلفظى العين والقرء ومنه الألفاظ التى تدل على الضدين •

ثانيهما : المشترك المعنوى ، وهو ما وضع لحقيقة كلية تتحقق فى أفراد متعددة كالحيوان ، والسواد ، والبياض • وفى بيان ذلك كله ، وتفصيل دلالته وأحكامها — يرجع الى مصطلح (دلالة — مشترك) •

---

(١) الفروق ج ١ ص ١٤٠ — ١٤١ طبعة سنة ١٣٤٤ هـ •

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ •

إشراك

المعنى اللغوى :

كلمة اشراك مصدر فعله أشرك المزيد بالهمزة ، فأصل مادته شرك والهمزة زيدت على الأصل ، لتفيد الاتخاذ أو الجعل .

فقد جاء فى لسان العرب[١] : أشرك بالله جعل له شريكا فى ملكه ، تعالى الله عن ذلك .

والاسم الشرك قال الله تعالى حكاية عن عبده لقمان أنه قال لابنه « يا بنى لا تشرك بالله ان الشرك لظلم عظيم » [٢] .

والشرك أن يجعل لله شريكا فى ربوبيته تعالى الله عن الشركاء والأنداد .

وانما دخلت التاء فى قوله لا تشرك بالله لأن معناه لا تعدل به غيره فتجعله شريكا له .

وكذلك قوله تعالى « وأن تشركوا بالله مالم[٣] ينزل به سلطانا » لأن معناه عدلوا به .

ومن عدل به شيئا من خلقه فهو كافر مشرك لأن الله وحده لا شريك له ولاند له ولا نديد .

وقال أبو العباس فى قوله تعالى : والذين هم به مشركون[٤] .

معناه الذين هم صاروا مشركين بطاعتهم للشيطان .

وليس المعنى أنهم آمنوا بالله وأشركوا بالشيطان ولكن عبدوا الله وعبدوا معه الشيطان فصاروا بذلك مشركين ، ليس أنهم أشركوا بالشيطان وآمنوا بالله وحده رواه عنه أبو عمر الزاهد .

قال : وعرضه على المبرد فقال متلئب صحيح « مستقيم » وقال الجوهرى :

---

(١) انظر لسان العرب للامام العلامة ابن منظور أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقى المصرى ج ٤٢ ص ٤٤٩ ، ص ٤٥٠ مادة شرك طبع دار صادر دار بيروت سنة ١٣٧٢ هـ ، سنة ١٩٥٥م وترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير لطاهر الزاوى الطرابلسى مادة شرك ج ٢ ص ٦٤٨ الطبعة الأولى مطبعة الرسالة بمصر سنة ١٩٥٩ الطبعة الأولى .

(٢) الآية رقم ١٣ من سورة لقمان .

(٣) الآية رقم ٣٣ من سورة الاعراف .

(٤) الآية رقم ١٠٠ من سورة النحل .

الشرك الكفر وقد أشرك فلان بالله فهو مشرك ومشركى مثل دوودوى وسك وسكى وقعسر وقعسرى بمعنى واحد ٠

قال الراجز — ومشركى كافر بالفرق — أى بالفرقان ٠

وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الشرك أخفى فى أمتى من دبيب النمل ٠

قال ابن الأثير يريد به الرياء فى العمل فكأنه أشرك فى عمله غير الله ٠

ومنه قوله تعالى « ولا يشرك بعبادة ربه احدا [1] » ٠

وفى الحديث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بغير الله فقد أشرك ، حيث جعل مالا يحلف به محلوفا به كاسم الله الذى يكون به القسم ٠

وجاء فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الطيرة شرك ولكن الله يذهبه بالتوكل » جعل التطير شركا به فى اعتقاد جلب النفع ودفع الضرر ، وليس الكفر بالله لأنه لو كان كفرا لما ذهب بالتوكل ٠

(١) الآية رقم ١١٠ من سورة الكهف ٠

وفى حديث تلبية الجاهلية لبيك لا شريك لك الا شريك هو لك تملكه وما ملك » يعنون بالشريك الصنم ، يريدون ان الصنم وما يملكه ويختص به من الآلات التى تكون عنده وحوله والنذور التى كانوا يتقربون بها اليه كلها ملك لله عز وجل ، فذلك معنى قوله تملكه وما ملك ٠

قال محمد بن المكرم : اللهم انا نسألك صحة التوحيد والاخلاص فى الايمان ، أنظر الى هؤلاء لم ينفعهم طوافهم ولا تلبيتهم ولا قولهم عن الصنم هو لك ، ولا قولهم تملكه وما ملك مع تسميتهم الصنم شريكا بل حبط عملهم بهذه التسمية ولم يصح لهم التوحيد مع الاستثناء ولا نفعتهم معذرتهم بقولهم « الا ليقربونا الى الله زلفى [2] » وقوله تعالى على لسان موسى عليه السلام « وأشركه فى أمرى »[3] أى اجعله شريكى فيه ٠

ويقال فى المصاهرة : رغبنا فى شرككم وصهركم أى مشاركتكم فى النسب ٠

قال الأزهرى وسمعت بعض العرب يقول : فلان شريك فلان اذا كان متزوجا بابنته أو بأخته وهو الذى تسميه الناس الختن ٠

(٢) الآية رقم ٣ من سورة الزمر ٠
(٣) الآية رقم ٣٢ من سورة طه

قال : وامرأة الرجل شريكته وهى جارته وزوجها جارها وهذا يدل على أن الشريك جار ، وأنه أقرب الجيران •

وقد شركه معه فيه وأشرك فلان فلانا فى البيع اذا أدخله مع نفسه فيه •
واشترك الأمر التبس •

المعنى الاصطلاحى :

لا يكاد الفقهاء فى استعمالهم لكلمة « أشرك » يخرجون على المعنى اللغوى المتقدم ومن ثم استعملوها فى مجالين •

أما أحدهما فهو مجال العقيدة وجعلوها تارة مرادفة للكفر ، وتارة بمعنى البعد عن التوكل على الله والخروج من دائرة الايمان الخالص ، وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم « الطيرة شرك ولكن الله يذهبه بالتوكل » •

وقد تناول الفقهاء الاشراك فى هذا الميدان بشتى مقاصده تناولا شاملا ، فبينوا ما به يكون وحكم من يشرك بالله فى مختلف أبواب الفقه •

والبحث فى اشراك من هذه الزاوية محال الى مصطلح « شرك » فنترك بيانه الى حيث أحيل •

وأما ثانى المجالين فهو مجال الحياة العامة •

وذلك أن اشراك تعنى أن شخصا اتخذ له شريكا فى عمل يقوم به على نحو قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام المتقدم « وأشركه فى أمرى » •

وقد استعمل اشراك بهذا المعنى فى تقديم الهدى والأضحية على اختلاف فى حكم ذلك بين أئمة المذاهب ، كما استعمل فى البيع وغيره كذلك •

أولا : الاشراك فى الأضحية والهدى

مذهب الحنفية :

ذكر صاحب البدائع[1] : أن الشاة والمعز فى الأضحية لا تجوز الا عن واحد •

ولا تجزى بقرة واحدة ولا بعير واحد عن أكثر من سبعة •

ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك •

وهذا قول عامة العلماء لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : البدنة تجزىء عن سبعة والبقرة عن سبعة وهذا من غير فصل بين أهل

---

(١) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ٧٠ طبع مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧ هـ .

بيت أو بيتين ، ولأن القيــاس يأبى جوازها عن أكثر من واحــد ، لمــا ذكرنا من أن القربة فى الذبح وأنه فعــل واحــد لا يتجــزأ ، لكنــا تركنا القيــاس بالخبر المقتضى للجواز عن سـبعة مطلقــا فيعمــل بالقياس فيمــا وراءه ، لأن البقــرة بمنزلة ســبع شياة ، ثم جــازت التضــحية بســبع شــياة عن ســبعة ســواء كانوا من أهــل بيت أو بيتين فكذا البقــرة (١) .

فلو اشـــترى رجـــل بقــرة يريد أن يضــحى بهــا ، ثم أشرك فيهــا غيره بعــد ذلك ، قال هشــام : ســألت أبا يوســف فأخبرنى : أن أبا حنيفــة رحمــه الله تعالى قال : أكره ذلك ويجــزيهم أن يذبحــوها عنهم .

قال : وكذلك قول أبى يوسف قــال : قلت لأبى يوسف : ومن نيتــه أن يشرك فيهــا ، قال لا أحفظ عن أبى حنيفــة رحمــه الله تعــالى فيهــا شيئا ، ولــكن لا أرى بذلك بأســـا .

وقال فى الأصــل ، قال : أرأيت فى رجــل اشــترى بقــرة يريد أن يضــحى بهــا عن نفســه ، فأشرك فيهـــا بعــد ذلك ، ولم يشركهم حتى اشتراها ، فأتاه انســان بعــد ذلك فأشركه حتى اســتكمل ، يعنى أنه صار ســابعهم هل يجــزى عنهم ؟ قال : نعم استحسن ، وان فعــل ذلك قبــل أن يشتريها كان أحســن .

وهذا محمــول على الغنى اذا اشـــترى بقــرة لأضحيته ، لأنهــا لم تتعين لوجوب التضــحية بهــا ، وانمــا يقيمهــا عنـــد الذبح مقــام ما يجب عليــه أو واجب عليــه فيخــرج عن عهــدة الواجب بالفعــل فيمــا يقيمــه فيــه ، فيجــوز اشتراكهم فيهـــا وذبحهم الا أنه يكره ، ولأنه لمــا اشتراها ليضــحى بهــا فقد وعد وعــدا ، فيكره أن يخلف الوعــد .

فأما اذا كان فقــيرا فلا يجــوز له أن يشرك فيهــا ، لأنه أوجبهــا على نفســه بالشراء للأضــحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنــه ما أوجبه على نفسه .

وقــد قالوا فى مســألة الغنى : اذا أشرك بعــد ما اشــتراها للأضــحية أنه ينبغى أن يتصــدق بالثمن ، وان لم يذكر ذلك محمد رحمــه الله تعــالى ، لمــا روى أن رسول الله صــلى الله عليــه وســلم « دفــع الى حكيم بن حــزام دينــارا وأمره أن يشترى له أضــحية ، فاشترى شــاة فباعها بدينارين، واشــترى بأحدهمــا شــــاة ، وجــاء الى النبى صــلى الله عليــه وســلم بشـــاة ودينار وأخبره بما صــنع ، فقــال له النبى صــلى الله عليه وســلم : بارك الله فى صفقة يمينــك ، وأمره النبى صــلى الله عليــه وســـلم أن يضــحى بالشــاة ويتصــدق

---

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ٧٢ الطبعــة السابقة .

بالدينـــار ، لمــا أنه قصد اخـــراجه للأضـحية •

وقال ابن عابدين [1] يصح اشتراك ســتة فى الهـدى ، لأن ذلك جـائز فى الضـحايا فيجـوز هنـا •

قال فى الفتح عن الأصـل والمبسـوط فان اشـترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيهــا ســتة بعـد ما أوجبهـا لنفســه خاصــة لا يســعه ، لأنه لمـا أوجبهـا صـار الكل واجبـا بعضـها بايجـاب الشرع وبعضـها بايجابه ، فان فعـل فعليـه أن يتصـدق بالثمن •

وان نوى أن يشرك فيهـا ســتة أجـزأته لأنه ما أوجب الـكل على نفسه بالشراء •

فان لم يكن له نيـة عنـد الشراء ، ولكن لم يوجبهـا حتى أشرك الستة جاز •

والأفضـل أن يكون ابتـداء الشراء منهم أو من أحـــدهم بأمـر البـاقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء •

واذا عرفت ذلك فالصـور ســتة ، لأنه اما أن يشــترى البدنة لنفســه خاصة ، أو أن يشتريها بلانية ثم يعينها لنفســه ، أو أن يشتريها بلا نية ولم يعينها لنفســه ، أو يشتريها بنية الشركة ، أو يشتريهــا مع ســتة ، أو يشتريها وحـده بأمرهم •

لكن ينبغى أن يكون هـذا التفصيل محمولا على الفقـير ، لأن الغنى لا تجب عليه بالشراء بدليـل ما ذكره فى أضـحية البـدائع على الأصـل : من أنه لو اشترى بقـرة ليضـحى بهـا عن نفســه فأشرك فيهـا غيره يجزئهم ، والأحســن فعـل ذلك قبـل الشراء ، قال : وهـذا يعنى قوله ويجـزئهم محمـول على الغنى ، لأنهـا لم تتعين •

أما الفقـير فلا يجـوز أن يشرك فيهـا لأنه أوجبهـا على نفســه بالشراء للأضحية فتعينت •

قال ابن عابدين : لـكن ســوى فى الخانية فى مســألة الأضـحية بين الغنى والفقير •

مذهب المالكيــة :

جـاء فى شرح الحطاب [2] : أنه يصـح الشرك فى الأجـر فى الأضـحية ، وان كان فى أكثر من ســبعة ان سكن معه وقرب له وأنفق عليــه وان تبرعا •

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٢ ، ص ٣٤٣ الطبعة الثالثة طبع المطبعــة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ســنة ١٣٢٥ هـ .

(٢) كتــاب مواهب الجليل لشرح مختصر ابى الضياء سيدى خليل للحطاب وبهامشه التــاج والاكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله بن يوسف الشهير بالمواق ج ٣ ص ٢٤٠ وما بعدها طبع مطبعة السعادة بمصر ١٣٣٨ هـ .

قال فى المدونة : وان ضحى بشاة أو بعير أو بقرة عنه وعن أهل بيته أجزأهم وان كانوا أكثر من سبعة أنفس ، وأحب الى ان قدر أن يذبح عن كل نفس شاة ، واستحب مالك حديث ابن عمر لمن قدر دون حديث أبى أيوب الأنصارى •

قال عبد الحق : حديث ابن عمر أنه كان لا يضحى عمن فى البطن وأما ما كان فى غير البطن فيضحى عن كل نفس شاة •

وحديث أبى أيوب كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس فصارت مباهاة •

وقال فى المدونة : أنه لو اشترى شخص أضحيته عن نفسه ، ثم نوى أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك بخلاف الهدى •

قال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب لا يشترك فيها ، لكن للمضحى أن يشرك فى الأجر من فى نفقته من أقاربه •

قال الباجى : فأباح ذلك بثلاثة أسباب القرابة والمساكنة والانفاق •

وقال فى التوضيح : قال ابن حبيب : يلزم الانسان أن يضحى عمن تلزمه نفقته من ولد ووالد وفى العتبية أن ذلك غير لازم •

ونص فى المدونة على أنه لا يلزمه أن يضحى عن الزوجة •

قال محمد عن مالك رحمهما الله تعالى وله أن يدخلها •

قال ابن حبيب فان لم يفعل فذلك عليها •

وذكر ابن عرفة عن ابن رشد أنه نقل عن ابن دينار أنها تجب على الرجل عن زوجته •

وظاهر كلام ابن رشد فى نوازل سحنون أنه لا خلاف فى أنها لا تجب على الرجل عن زوجته ، وانما له ذلك وأنه ان لم يدخلها فى أضحيته كان عليها أن تضحى عن نفسها •

ونصه فى كتاب الأضحية من نوازل سحنون : أنه ليس على الرجل أن يضحى عن زوجته وانما هى سنة لا ينبغى له تركها ، فان أدخل زوجته فى أضحيته أجزأها ، والا كان عليها أن تضحى عن نفسها •

قال الشيخ بهرام : لما تكلم على الشرط الثانى وهو أن يكون من أقاربه وعليه فلا تدخل الزوجة ولا أم الولد ، ولا من فيه بقية رق وهو خلاف ما حكاه ابن المواز عن مالك •

وقال ابن عرفة روى عياض أن للزوجة وأم الولد حكم القريب •

قال ابن حبيب والرق كأم الولد فى صحة ادخالها •

قال اللخمى والباجى وتسقط عن المدخول بها ولو كان مليا •

وقال المازرى فى شرح التلقين : واذا أشرك زوجته فى الدم المراق جاز ولا يخرج هذا ما اشترطناه فى الشروط الثلاثة من مراعاة القرابة فان الزوجة وان لم تكن من القرابة فان هناك من المودة والرحمة ما جعله الله سبحانه وتعالى يقوم مقام القرابة ، بخلاف الأجير المستأجر بطعامه ، فانه لا شبهة له بالقرابة فلم يجز ادخاله فى الأضحية •

قال خليل فى التوضيح قال ابن حبيب وله أن يدخل فى أضحيته من بلغ من ولده وان كان غنيا وأخاه وابن أخيه وابن أخته وقريبه اذا كانوا فى نفقته وبيته ، وكذلك الجد والجدة اذا كانا فى نفقته وبيته ، وهذا داخل تحت قوله وان تبرعا •

قال فى التوضيح : ولا يدخل يتيمة فى أضحيته ولا يشرك بين يتيمين وان كانا أخوين ومن له أن يدخلهم معه فى أضحيته •

فقد جاء فى التوضيح قال الباجى عندى أنه يصح له التشريك وان لم يعلمهم بذلك ، ولذلك يدخل فيها صغار ولده وهم لا يصح منهم قصد القربة •

قال ابن عرفة والباجى والمازرى ولحمها باق على ملك ربها دون من أدخله منهم معه فيها يعطى من شاء منهم ما يريد وليس لهم منعه من صدقة جميعها •

وجاء فى التاج[1] والاكليل : أن مالكا رحمه الله تعالى قال : وان اشترى رجل أضحيته بمال نفسه وذبحها عن نفسه وعن أهل بيته فجائز •

قال ابن يونس لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ، ولأن ذلك ليس بشركة فى ملك اللحم ، وانما هى شركة فى الثواب والبركة •

وجاء فى الدسوقى[2] : وذلك بخلاف الهدى فانه لا يجوز الاشراك فيه ، والفرق بينهما أن الهدى قد خرج عن ملك ربه ولم يبق له فيه تصرف حتى بالاشتراك فى الأجر بخلاف ما ذكر فى الأضحية •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج[3] : أن الشاة

---

(١) التاج والاكليل لأبى عبد الله بن يوسف الشهير بالمواق ج ٣ ص ٢٣٩ ، ص ٢٤٠ وما بعدها الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه الشرح الكبير وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٢ ص ٩٢ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٣) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٤ ص ٢٩١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

المعينة تجزىء عن واحد فان ذبحها عنه وعن أهله أو عنه وأشرك غيره فى ثوابها جاز ، وعليهما حمل خبر مسلم أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ، وقال : اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد وهى فى الأولى سنة كفاية •

قال فى المجموع : ومما يستدل به الخبر الصحيح فى الموطأ ان أبا أيوب الأنصارى قال : كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة ، ولكن الثواب فيما ذكر للمضحى خاصة ، لأنه الفاعل كما فى القائم بفرض الكفاية •

وجاء فى نهاية المحتاج[1] : التضحية سنة مؤكدة فى حقنا على الكفاية ولو بمنى ان تعدد أهل البيت والا فسنة عين • ومعنى كونها سنة كفاية مع كونها تسن لكل منهم سقوط الطلب بفعل الغير لا حصول الثواب لمن لا يفعل كصلاة الجنازة •

نعم ذكر النووى فى شرح مسلم أنه لو أشرك غيره فى ثوابها كأن يقول : أشركتك أو فلانا فى ثوابها جاز وأنه مذهبنا •

والظاهر جواز ذلك ولو بعد نية التضحية لنفسه •

والأصل فى ذلك أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بمنى عن نسائه بالبقر رواه الشيخان فلا تجب بأصل الشرع ، لما روى البيهقى وغيره باسناد حسن •

أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان مخافة أن يرى الناس ذلك واجبا •

مذهب الحنابلة :

قال صاحب المغنى[2] : يتعين الهدى بقوله هذا هدى أو تقليده أو اشعاره مع النية والأضحية بقوله هذه أضحية ، ولو نوى حال الشراء لم تتعين بذلك •

ثم قال : اذا تعينت لم يجز بيعها ولا هبتها •

وقال القاضى : يجوز أن يبيعها ويشترى خيرا منها نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء ومجاهد وأبى حنيفة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ساق فى حجته مائة بدنة وقدم على من اليمن فأشركه فى بدنه رواه مسلم ، والاشتراك

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشيراملسى وبهامشه المغربى ج ٨ ص ١٢٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها طبع شركة مكتبة مصطفى البابى الحلى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) المغنى للامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه على مختصر الامام ابى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للامام الشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسى ج ٣ ص ٥٥٩ ، ص ٥٦٠ ، ص ٥٦١ ، ص ٥٦٢ ، ص ٥٦٣ طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ الطبعة الأولى .

نوع من البيع أو الهبة ، ولأنه يجوز ابدالها بخير منها ، والابدال نوع من البيع .

والدليل على صحة قولنا أنه قد تعين ذبحها فلم يجز بيعها كالوقف ، وانما جاز ابدالها بجنسها ، لأنه لم يزل الحق فيها عن جنسها ، وانما انتقل الى خير منها ، فكان فى المعنى ضم زيادة اليها ، وقد جاز ابدال المصحف ولم يجز بيعه .

وأما الحديث فيحتمل أنه أشرك عليا فيها قبل ايجابها ، ويحتمل أن اشراكه فيها ، بمعنى أن عليا جاء ببدن فاشتركا فى الجميع فكان بمعنى الابدال لا بمعنى البيع ويجوز أن تكون الشركة فى ثوابها وأجرها .

فأما ابدالها بخير منها فقد نص أحمد على جوازه وهو اختيار الخرقى ، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وأبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن .

واختار أبو الخطاب أنه لا يجوز ، لأن أحمد نص فى الهدى اذا عطب أنه يجزىء عنه ، وفى الأضحية اذا هلكت وذبحها فسرقت لا بدل عليه ولو كان ملكه ما زال عنها لزمه بدلها فى هذه المسائل ولما ذكرنا فى عدم جواز بيعها ، وهذا مذهب أبى يوسف والشافعى وأبى ثور ، ولأنه زال ملكه عنها لله تعالى فلم يجز ابدالها كالوقف .

ولنا ما ذكرنا من حديث على رضى الله عنه وقد تأولناه على معنى الابدال ، ويتعين حمله عليه لاتفاقنا على تحريم بيعها وهبتها ، ولأنه عدل عن العين الى خير منها من جنسها فجاز ، كما لو أخرج عن بنت لبون حقة فى الزكاة ، ولأن النذور محمولة على أصولها فى الفروض وفى الفروض يجوز اخراج البدل فى الزكاة فكذلك فى النذور .

مذهب الظاهرية :

يرى ابن حزم الظاهرى [1] : أنه جائز للمضحى أن يشرك غيره معه فى الأضحية ، سواء كان من أهل بيته أو كان أجنبيا محتجا فى ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد أشرك عليه الصلاة والسلام فى أضحيته جميع أمته .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح [2] الأزهار وهامشه : أن الانسان لو ضحى عنه وعن ولديه وهما صغيران ، فقيل : تجزىء مشاركته لهم .

وقيل : لا تجزىء .

ولكن الأولى أنها لا تجزىء .

---

(١) المحلى للامام أبى محمد على بن سعيد ابن حزم الظاهرى ج٧ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ مسألة رقم ٩٨٤ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥١ هـ الطبعة الأولى .

(٢) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار مع حواشيه للعلامة أبو الحسين عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٨٥ الطبعة الثالثة طبع مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

وجاء فى التـاج[1] المذهب : أنه لو ضحى بشـاة عنـه وعن ولديه الصغـيرين لم تجز مشاركته لهمـا فان ضحى عنـه وعن أولاده المـكلفين فـلا يشترط أن يملـكهم القـدر المجزى بل يجزى بمجـرد الاذن مطلقا •

وجـاء فى البحـر الزخار [2] : أنه يجـوز للمتطوع بالهـدى كل تصرف قبـل الذبـح اذ لا يخرج عن ملـكه بمجرد النيـة كالعتق •

قلت : وفيـه نظر •

قـال البعض : فأمـا الواجب فـلا يفوته (يتصرف فيـه) الا لخشية عطبـه قبـل محـله فيجـوز اذ ملكه باق ، وان أوجبـه لصرفه صـلى الله عليـه وسـلم هديه فى الحديبيـة الى الاحصـار ، ولاشراكه عليـا عليه السـلام فى هديه بعد سوقه •

قـال البعض : بل قـد خرج عن ملـكه فـلا تصرف له فيـه لمنعه صـلى الله عليـه وسلم عمر عن بيـع البختى الذى أثمن فيـه وقد أراد بيعـه ليعوض أفضـل منه •

قلنـا : ذلك لعـدم الضرورة •

قلت : الحـق فى تحقيق المـذهب أنه قـد زال المـلك الخـاص بالنيـة مع السوق فى الفرض والنفـل بدليـل منعـه صلى الله عليـه وسـلم الانتفاع بها لغـير ضرورة فى قوله « اذا ألجئت » ولمنعـه عمر من البيـع وبقى له ملك كملك المدبر يبيـح التصرف على وجـه لا يبطل به حق تصرفها بدليـل صرفه صـلى الله عليـه وسلم هـدى العمرة الى الاحصار ، ولاشراكه عليـا عليه السـلام ، وعلى ذلك يجوز البيـع لابدال مثـل أو أفضل لفرض كمـا ذكره بعض أصحابنا اذ هـو تصرف لم يبطـل به حـق المصرف ، وخبر عمر حكاية فعـل لا يعـلم وجهها ، ويحتمـل أنه رأى بختيـة أفضـل •

مذهب الاماميـة :

يرى الشـيعة الاماميـة[3] : أنه يجـوز الاشراك فى الهـدى ، بدليـل فعل الرسـول صـلى الله عليـه وسـلم مع على •

فقـد جـاء فى الوسـائل : أن عليـا عليه السـلام لمـا قـدم من اليمن على رسـول الله صلى اللهعليـه وسـلم وهـو بمكة فدخـل على فاطمة وهى قد أحلت فوجـد ريحا طيبة ووجـد عليها ثيابا مصبوغة ، فقـال : ما هذا يا فاطمة ؟ فقالت : أمرنا رسـول الله صـلى الله عليه وسـلم فخـرج على عليـه السلام الى رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العـلامة احمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٤٦٤ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ •

(٢) كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام احمـد بن يحيى المرتضى ج ٢ ص ٣٧٤ ، ص ٣٧٥ ، ص ٣٧٦ طبع مطبعـة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧ هـ •

(٣) وسـائل الشيعة الى تحصيل مسـائل الشريعة للامام العلامة الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى المجلد الخامس ص ١٥١ ، ص ١٥٢ طبع المطبعة الاسلامية بطهران سنة ١٣٨٠ هـ •

مستفتيا ومحرشا على فاطمة فقال : يا رسول الله أنى رأيت فاطمة قد أحلت ، عليها ثياب مصبوغة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أمرت الناس بذلك وأنت يا على بما أهللت ؟ قال: قلت يا رسول الله أهلالا ، كاهلال النبى صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كن على احرامك مثلى وأنت شريكى فى هديتى .

مذهب الاباضية :

والاباضية يجيزون الاشراك فى الهدى كما يفهم من كلامهم .

فقد جاء فى شرح النيل[1] : وجاز لشخص أن يقول أحرمت على ما أحرم عليه صاحبى كما فعله على مع النبى صلى الله عليه وسلم وأشركه صلى الله عليه وسلم فى الهدى .

ثم قال : ولا تجزىء بدنة الا عن صاحبه أن نواها هديا لنفسه .

وانما تجزى لمتعدد أن اشتراها أحدهم على نية الاشراك أو كان مالكا لها ولم يعينها هديا لنفسه ثم شاركهم .

وكذا لا تجزيهم ولا واحدا منهم ان كان أحدهم مشركا أو أراد حصته لحما يتصرف فيه كما يشاء أكلا أو غيره .

(١) كتاب شرح النيل وشفاء العليل للعلامة الشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٢ ص ٣٨٤ طبع على ذمة صاحب الامتياز محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

ثانيا ـ الاشراك فى البيوع

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أن من اشترى شيئا فأشرك فيه غيره ، فلا يخلو اما أن يشركه فى قدر معلوم ، كالنصف والثلث والربع ، ونحو ذلك ، واما أن يطلق الشركة .

فان أشركه فى قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه ، لأن حكم التصرف فيه يثبت فى قدر ما أضيف اليه .

وان أطلق الشركة بأن قال : أشركتك فى هذا الكر فله نصف الكر ، كما لو قال أشركتك فى نصف الكر ، لأن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه .

ولو أشرك رجلا فى نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه ، فالرجل بالخيار أن شاء أخذ نصف ما بقى ، وهو ربع الكر ، وان شاء ترك لأنه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة ، وما بقى بقى على الشركة .

وله الخيار اذا كان قبل القبض ، لأن الصفقة قد تفرقت عليه .

(٢) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ٢٢٦ وما بعدها الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة المطبوعات العلمية بمصر .

وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ، ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا .

ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فهبا هنا يختلف حكم الشركة والبيع .

فيكون النصف الباقى للمشترى خاصة فى البيع .

وفى الشركة يكون بينهما .

وانما كان كذلك ، لأن البيع أضيف الى نصف شائع وتعذر تنفيذه فى النصف المستحق ، لانعدام الملك وأمكن تنفيذه فى نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه .

وكذلك فى الشركة الا أن تنفيذه فى النصف المملوك يقتضى المساواة بينهما فى ذلك النصف .

وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له .

ولو اشترى عبدا فقال له رجل : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد أشركتك ، ثم قال له رجل آخر . مثل ذلك ، فأشركه فيه .

فان كان الثانى علم بمشاركة الأول فله الربع ، وللمشترى الربع والنصف للأول .

وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للأول ، ولا شيء للمشترى لأنه اذا علم الثانى بمشاركة الأول فلم يطلب الشركة منه الا فى نصيبه خاصة ، والشركة فى نصيبه تقتضى المساواة بين النصيبين ، وهى أن يكون لكل واحد منهما الربع ،

واذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركنى طلب الشركة فى الكل ، والاشراك فى الكل أن يكون نصفه له ، والأول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثانى النصف الباقى تحقيقا للشركة المقتضية للمساواة .

ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بينى وبينك ، فقال المأمور نعم ، ثم لقيه غيره ، فقال له مثل ما قال الأول ، فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شيء منها للمأمور ، لأن الأول وكله بشراء نصف الجارية ، وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلا للأول لأنه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلا له بشراء النصف، فاذا قبل الوكالة من الثانى صار وكيلا فى شراء النصف الآخر ، فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما .

ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الأولان فقال نعم ، ثم اشتراها كانت الجارية للأولين ، ولا شيء للثالث ، لأنه قد بقى وكيلا للأولين ، اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما ، فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث .

هذا اذا كان المشترى لواحد فأشركه .

فان كان لاثنين ، فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحدهما رجلا ، وأما أن يشركاه جميعا .

فان أشركه أحدهما ، فاما أن يشركه فى نصيبه خاصة ، بأن قال أشركتك فى نصيبى ، واما أن يشركه فى نصفه بأن يقول أشركتك فى نصف واما أن يشركه مطلقا بأن يقول اشركتك فى هذا العبد واما أن يشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه واما أن يشركه فى نصفه بأن يقول أشركتك فى نصف هذا العبد .

فان أشركه فى نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه ، لأن الشركة المطلقة فى نصيبه تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه لأنها تقتضى المساواة وكذا لو أشركه فى نصفه لأن الشركة المطلقة فى نصفه تقتضى المساواة فيه .

وان أشركه مطلقا ، فان أجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما ، وان لم يجز فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعا ، الا أنه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك فى نصيبه ، فينفذ فى نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهى باطلاقها تقتضى المساواة ، وذلك فى أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع .

وأن أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك فى ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما ، وان لم يجز فله الربع .

وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبى ان يجيز كان له ثلث ما فى يد الذى أشركه وهو سدس الكل .

ووجه هذه الرواية أن اشراك أحدهما وأجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معا ، لأن الاجازة تستند الى حال العقد ، فكأنهما أشركاه معا ، ولأن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كأن العاقد أشرك بوكالة صاحبه .

ووجه ظاهر الرواية أن الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب ، والحكم يثبت على وفق العلة ، فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب .

وقوله ان الاجازة تستند الى حالة العقد ، قلنا : نعم ، ولكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ، ثم يستند ، فكان حكم الاجازة متأخرا عن حكم الاشراك ثبوتا .

وان أشركه فى نصف العبد ، فأجاز شريكه فله نصف ما فى يد هذا ، ونصف ما فى يد الآخر .

وان لم يجز فله نصف ما فى يد الذى أشركه لما قلنا .

هذا اذا أشركه أحدهما .

فأما اذا أشركاه جميعا ، فلا يخلو اما أن يشركاه معا ، واما أن يشركاه على التعاقب .

فان أشركاه معا فالقياس أن يكون له النصف كاملا ، ولكل واحد منهما الربع .

وفى الاستحسان يكون بينهم أثلاثا •

وان أشركاه على التعاقب مطلقا ولم يبينا قدر الشركة أو أشركاه فى نصيبهما ، بأن قال كل واحد منهما أشركتك فى نصيبى ولم يبين فى كم أشركه ، كان له النصف ، وللأولين النصف •

ووجه القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبيه ، فكان النصف له والنصف لهما جميعا ، كما لو أشركاه على التعاقب •

ووجه الاستحسان ، وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق أن الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه فى زمان واحد يقتضى المساواة فى أنصباء الكل ، وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر فى أن يكون المشترى بينهم اثلاثا •

بخلاف الاشراك على التعاقب لأن الاشراك من أحدهما مطلقا فى زمان يقتضى أن يكون نصيبه مثل نصيبه •

وكذلك الاشراك الآخر فى الزمان الثانى فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع •

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح [1] الكبير وحاشية الدسوقى عليه : أنه تجوز تولية وشركة فى الطعام قبل قبضه •

والمراد بالشركة هنا جعل مشتر قدرا لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه — لأنهما كالاقالة من باب المعروف كالقرض •

ومحل الجواز فيهما أن لم يكن على شرط فى صلب العقد أن ينقد المولى والمشرك — بالفتح فيهما — عنك يا مولى أويا مشرك — بالكسر فيهما — الثمن فى التولية أو حصتك منه فى الشركة ، والا لم يجز ، لأنه بيع وسلف منه لك •

وذلك لأن المشرك بفتح الراء اذا دفع الثمن كله فقد سلف المشرك نصف الثمن ونصف الثمن الآخر بيع ، فيكون قد اجتمع بيع وسلف •

ويفسخ الا أن يسقط الشرط •

واستوى عقد المشرك ، بالكسر — والمشرك — بالفتح — فى قدر الثمن ، وفى أجله ان كان مؤجلا وفى حلوله ان كان حالا ، وفى الرهن والحميل فى الاشراك فى الطعام قبل قبضه خاصة ، وأما بعد قبضه فلا يشترط أو اذا كان الاشراك فى غير الطعام قبل القبض أو بعده فكذلك لا يشترط هذا الشرط وهو استواء العقد •

وبقى شرط ثالث لجواز الاشراك وهو أن يكون الثمن عينا •

(١) الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى ج ٣ ص ١٥٦ وما بعدها الى ص ١٥٨ فى كتاب فى صلبه الحاشية وعلى هامشه الشرح الكبير مع تقريرات الشيخ محمد عليش طبع دار احياء الكتب العربية .

فان كان الثمن عرضا منع لاختلاف العقد لعدم انضباط العرض فى القيمة .

وان كان الثمن مكيلا أو موزونا منع عند ابن القاسم رحمه الله تعالى ، لأنه فى الطعام قبل قبضه رخصة والرخصة يقتصر فيها على ما ورد .

وأجازه أشهب رحمه الله تعالى .

والا بأن اختل شرط ــ كأن اشترط المشرك بالكسر النقد على المشرك ، أو اختلف العقد فى النقد والتأجيل ، أو غير ذلك من وجوه الاختلاف ، أو كان الثمن غير عين ــ فان الاشراك يكون بيعا كغيره يعتبر فيه شروطه وانتفاء موانعه كعدم القبض .

وتبطل الرخصة فيه فيمنع الاشراك فى الطعام قبل قبضه لا بعده ولا على غير طعام أن لم يكن على أن ينقد عنه كما مر .

وضمن المشرك ــ بفتح الراء ــ الشىء المشترى المعين كعبد وهو الحصة التى حصلت له بالشركة فقط فيرجع المشرك ــ بكسر الراء ــ عليه بنصف الثمن مع عدم قبضه المثمن ولو طعاما لأنه فعل معه معروفا .

وضمن المشرك ــ بالفتح ــ طعاما كلته من بائعه قبل أن تشرك فيه يا مشرك ــ بالكسر ــ وصدقك فى وفاء الكيل من بائعك من شركته ثم تلف .

قال الدسوقى فى حاشيته : واعترض بأنه لا يشترط فى ضمان المشرك ــ بالفتح ــ تصديقه ، ولذا لم ينكره فى المدونة .

وحمل الطخيخى والشيخ سالم رحمهما الله تعالى كلام الدردير على ما اذا اشترى شخص طعاما وصدق البائع فى كيله ثم أشرك غيره فيه ضمنه المشرك ــ بفتح الراء بمجرد الشركة .

وعلى هذا فالخطاب لبائع المشرك ــ بالكسر ــ وهذا بعيد من الدردير .

وأن أشرك المشترى شخصا سأله الشركة ، بأن قال له : أشركتك حمل التشريك .

وأن اطلق على النصف ، لأنه الجزء الذى لا ترجيح فيه لأحد الجانبين ، وان قيد بشىء فواضح .

وأن سأل شخص ثالث شركتهما وهما مجتمعان ، أى سأل اثنين اشتريا سلعة واتفق نصيبيهما ، بأن صار لكل منهما النصف ، فقال لهما : أشركانى فقالا له أشركناك فله الثلث .

فان اختلف نصيب الشريكين ــ كما لو كانا شريكين بالثلث والثلثين فاذا قالا له أشركناك كان له نصف الثلث ونصف الثلثين وحينئذ فيكون له النصف ، وللأول السدس وللثانى الثلث .

كما لو سألهما بمجلسين بلفظ الافراد

وقال لكل واحد على انفراده أشركتنى فقال له أشركتك فله نصف ما لكل سواء اتفق نصيبهما أو اختلف .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج أن الاشراك فى بعض المبيع كالتولية فى كله فى الأحكام المذكورة لأن الاشراك تولية فى بعض المبيع ان بين البعض كمناصفة أو بالنصف ، والا فلا يصح جزما كأشركتك فى بعضه أو فى شىء منه للجهل .

قال الشبراملسى : ظاهر ذلك أن الاشراك لا يصح وان قال : بعضه بنصف الثمن أو نحوه .

وينبغى أن محل البطلان ما لم يعين جزءا من الثمن .

فان ذكره كأن قال أشركتك فى شىء منه بنصف الثمن أو بربعه كان قرينة على ارادة ما يقابله من المبيع فيصح ، ويكون فى الأولى شريكا بالنصف وفى الثانية بالربع .

قال فى العباب : ولو قال أشركتك فى نصفه بنصف الثمن كان مناصفة لمقابلة نصف الثمن ، أو قال فى نصف الثمن ليكون بيننا لم يصح .

ولعله للتنافى بين ما اقتضاه قوله فى نصف الثمن من أنه جعل له ربع المبيع بربع الثمن ، وبين قوله بيننا الذى يقتضى كونه مناصفة .

أو أن قوله أشركتك فى نصف الثمن انما يقتضى أن يكون الثمن الذى استحقه البائع مشتركا بين المشترى والشريك ليكون المبيع مشتركا بينهما والفساد على تقدير ارادة ذلك ظاهر .

قال صاحب نهاية المحتاج : فان قال أشركتك فى النصف فله الربع ما لم يقل بنصف الثمن فانه يكون له النصف .

قال الشبراملسى ولعل وجهه أن عدوله عن بعتك ربعه بنصف الثمن الى أشركتك قرينة على ذلك .

والمعنى حينئذ أشركتك فيه بجعل نصفه لك بنصف الثمن الى آخر ذلك . ومع ذلك فيه شىء .

وبقى ما لو اشتراه بمائة ثم قال لآخر أشركتك فى نصفه بخمسين هل يكون له النصف أو الربع ؟ فيه نظر والأقرب أن له الربع لأن عدوله عن قوله بنصف الثمن الى قوله بخمسين قرينة على أنه بيع مبتدأ ، وكأنه قال بعتك ربعه بخمسين .

قال صاحب نهاية المحتاج . وشمل كلام الامام النووى ما لو باع غير الأب والجد ــ أو هما بالأولى ــ مال الطفل ثم قال المشترى للولى أشركتك فى هذا العقد فانه يكون جائزا .

فان أطلق الاشراك كأن يقول : أشركتك فيه صح العقد وكان المبيع مناصفة

بينهمـا ، كمـا لو أقر بشيء لزيد وعمـرو ، لأن ذلك هو المتبـادر من لفظ الاشراك ٠

نعم لو قـال : بربـع الثمـن مثـلا كان شريكا بالربع فيمـا يظهـر أخـذا ممـا تقـرر فى قـوله أشركتك فى نصـفه بنصف الثمن ، بجـامع أن ذكر الثمن فى كل مبين للمراد من اللفظ قبله لاحتمـاله وان نزل لو لم يذكر هـذا المخصص على خلافه ٠

وتوهم فرق بين ما لو قـال أشركتك بربع الثمن مثـلا وبـين ما لو قال أشركتـك فى نصـفه بنصف الثمن بعيد ٠

أما لو قال أشركتك بالنصف بربع الثمن فهل يصـح أم لا ؟ فيـه نظر ٠

والذى يظهر أنه يصـح ٠ ويكون شريكا بالربع والبـاء فيه بمعنى فى ٠

ونقـل عن بعض أهـل العصر خـلاف ذلك ٠

قال الزركشى رحمـه الله تعـالى : ولو تعـدد الشركاء فهـل يسـتحق من أشركوه معهم نصف ما لهم أو مثـل واحـد منهم كمـا لو اشتريا شـيئا ثم أشركا ثالثـا فيـه فهل يكون له نصـفه أو يكون له ثلثه ؟ لم يتعرضـوا له ، والأشبه الثانى ٠

قال الشبراملسى رحمـه الله تعـالى : وينبغى أن مثـل ذلك عكسـه ، كمـا لو اشترى شـيئا ثم قـال لاثنين ٠ أشركتكمـا فيـه فيكون المبيـع أثلاثا ٠

وبقى مـا لو اختلفت حصص الشركاء كأن كان لواحـد النصـف ٠ والآخـر الثـلث ٠ والآخـر السـدس ٠ ثم قـال الثـلاثة للرابع أشركناك معنـا ٠ فالظـاهر أن يكون له النصف وللثـلاثة النصـف ٠ وكأن كل واحـد منهم بـاع هـذا الرابع نصـف ما بيـده ، لأنه لا يظهـر هنـا كونه كأحـد الثـلاثة لاختـلاف أنصـبائهم ٠

قال صـاحب نهـاية المحتـاج : وقضية كلام النووى رحمـه الله تعـالى كغيره أنه لا يشترط ذكر العقـد ٠

لكن قال الامام رحمـه الله تعـالى وغيره: ولابد فى الاشراك من ذكر البيـع أو العقـد بأن يقـول أشركتـك فى بيـع هـذا أو فى هـذا العقـد ، ولا يكفى أن يقـول أشركتك فى هـذا ونقـله صـاحب الأنوار رحمـه الله تعـالى وأقره وعليـه أشركتك فى هـذا كنـاية ٠

وقيـل لو أطلق الاشراك لم يصـح للجهل بقـدر المبيـع وثمنـه(١) ٠

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ج ٤ ص ١٠٧ ، ١٠٨ فى كتاب أسفله حاشية أبى الضياء نور الدين على ابن على الشبراملسى على نهاية المحتاج وعلى هامشه حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد ابن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البـابى الحلبى سـنة ١٣٥٧ هـ ، سنة ١٩٣٨ م ٠

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير والمغنى[1] : أن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك فى نصفه أو ثلثه .

وذكر صاحب المغنى[2] أن ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه قبل قبضه لأن الشركة هى بيع فتدخل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه على ما ذكر .

وتجوز الشركة فيما يجوز بيعه ، لأنها نوع من أنواع البيوع ، وانما اختصت باسم كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء .

فاذا اشترى[3] رجل شيئا فقال له رجل آخر أشركنى فى نصفه بنصف الثمن ، فقال له : أشركتك صح وصار شركا بينهما اذا كان الثمن معلوما لهما .

ولو قال أشركنى فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولنى ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال : وليتك صح اذا كان الثمن معلوما ، لأن الشركة تقتضى ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكر .

والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا ذكر اسمه انصرف اليه ، كما اذا قال أقلنى فقال أقلتك .

وفى حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشترى الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رحمهما الله تعالى ، فيقولان له أشركنا ، فان النبى صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة ، فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هى فبعث بها الى المنزل ذكره البخارى .

ولو اشترى شيئا فقال له رجل أشركنى فشركه انصرف الى النصف ، لأنها تتصرف الى التسوية باطلاقها .

فان اشترى اثنان عبدا فقال لهما رجل أشركانى فيه فقال شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لأن اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفردا لكان له النصف ، فكذلك حال الاجتماع .

ويحتمل أن يكون له الثلث ، لأن الاشتراك يفيد التساوى ، ولا يحصل التساوى الا بجعله بينهم أثلاثا .

وهذا أصح لأن اشراك الواحد انما اقتضى النصف لحصول التسوية به .

وان شركه كل واحد منهما منفردا كان له النصف ، ولكل واحد منهما الربع .

(١) الشرح الكبير على متن المقنع للامام شمس الدين محمد أبى الفرج بن أحمد بن قدامة المقدسى ج ٤ ص ١٠٠ ، ص ١٠١ وما بعدهما فى كتاب على المغنى لابن قدامه المقدسى الطبعة الأولى طبع مطبعة النار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

(٢) المغنى تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر الامام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٤ ص ٢٢٣ وعليه الشرح الكبير لشمس الدين أبى الفرج أحمد بن قدامه المقدسى الطبعة الأولى .

(٣) المغنى لابن قدامه المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٤ ص ١٠٠ ، ص ١٠١ فى كتاب الطبعة السابقة .

وان قال أشركانى فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذى شركه ، وهو الربع .

وعلى الآخر له السدس ، لأن طلب الشركة بينهما يقتضى طلب ثلث ما فى يد كل واحد منهما ، ليكون مساويا لهما ، فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه .

وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولى ، فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك فى نصفه أو ثلثه ؟ على الوجهين .

ولو قال لأحدهما أشركنى فى نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه ، والا فله نصف حصة الذى شركه .

فان اشترى عبدا فلقيه رجل ، فقال : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد شركتك فله نصفه .

فان لقيه آخر فقال أشركنى فى هذا العبد وكان عالما بشركة الأول فله ربع العبد وهو نصف الذى شركه ، لأن طلبه للشركة رجع الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما .

وان لم يعلم بشركة الأول فهو طالب نصف العبد ، لاعتقاده أن جميع العبد ، لمن طلب منه المشاركة فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه .

أحدهما : أن يصير له نصف العبد ولا يبقى للذى شركه شىء ، لأنه طلب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعنى نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضى رحمه الله تعالى .

والثانى : أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد فى نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين ، لأن لفظ الشركة يقتضى بعض نصيبه ومساواة المشترى له ، فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لأنه لا يتحقق فيه ما طلب منه .

الثالث : لا يكون للثانى الا الربع بكل حال ، لأن الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك ، لأن ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم أنه ليس له الا نصف العبد ، فينصرف ايجابه الى نصف ملكه .

وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار ، لأنه انما طلب النصف فلم يحصل له جميعه ، الا أن نقول بوقوفه على الاجازة فى الوجه الثانى ، فيخير الآخر .

ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف فأجيب فى الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعنى نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه .

ولو اشترى قفيزا من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعنى نصف هذا

القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض، لأن البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض .

وان قال أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ففعل ، لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بربع الثمن ، لأن الشركة تقتضى التسوية هكذا ذكر القاضى .

قال شيخنا رحمه الله تعالى والصحيح ان شاء الله تعالى أن الشركة تنصرف الى النصف كله فيكون بائعا لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح فى نصف المقبوض فى أصح الوجهين ، ولا يصح فيما لم يقبض .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر[1] الزخار : أن المشترى لو قال لغيره : اشتريت هذه السلعة بكذا وقد أشركتك فى نصفها فقبل المخاطب نجز ملك نصفها بنصف الثمن ، فان لم يعين فى كم أشركه فوجهان .

قال البعض أصحهما يفسد للجهالة .

وقيل : يصح وتنصف اذ هو الظاهر .

قلت : الأول أقرب كالبيع .

فان حط عن الأول شىء بعد أن أشركه اشتركا فى الحطيطة كقبل الشركة ، اذ القصد الشركة فى الثمن .

مذهب الامامية :

جاء فى اللمعة[2] الدمشقية : أن التشريك جائز . وهو أن يجعل للمشترى فى المبيع نصيبا بما يخص النصيب من الثمن بأن يقول شركتك — بالتضعيف ويجوز تعديته بالهمزة — بنصفه بنسبة ما اشتريت مع علمهما بقدره .

ولو قال أشركتك بالنصف كفى ولزم المشترى نصف مثل الثمن .

ولو قال أشركتك فى النصف — كان له الربع الا أن يقول بنصف الثمن فيتعين النصف .

ولو لم يبين الحصة كما لو قال فى شىء من المبيع ، أو أطلق بطل للجهل بالمبيع

---

(١) أنظر كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام أحمد بن يحيى المرتضى ج ٣ ص ٣٨٠ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧ هـ ، سنة ١٩٤٨ م الطبعة الأولى وانظر كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة للقاضى العلامة احمد بن قاسم الحلبى اليمانى الصنعانى ج ٢ ص ٤٧٣ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار أحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ وانظر كتاب شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار مع حواشيه للعلامة أبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ١٦٣ وما بعدها الطبعة الثانية طبع مطبعة حجازى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) انظر منشورات جامعة النجف الدينية اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد محمد ابن جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ٤٣٦ ، ص ٤٣٧ مطبعة الآداب فى النجف الاشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، سنة ١٩٦٧ وانظر كتاب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ١ ص ١١٩ طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر . سنة ١٣٧٨ هـ دار التقريب بين المذاهب الاسلامية بالقاهرة .

ويحتمل حمل الثانى – أى الاطلاق – على التنصيف .

والتشريك فى الحقيقية بيع الجزء المشاع برأس المال لكنه يتميز عن سائر أقسام البيوع بحصته بلفظه .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل أن المشاركة هى جعل مشتر أو مأموره أو وكيله فى التشريك قدرا معلوما بالتصريح ، أو بالاطلاق لغيره قل أو كثر ، ولو كان هو أكثر الشىء سواء جعله لغير بائعه ، ولو لمسجد أو وقف أو جعله لبائعه .

ففى الديوان : يجوز للمشترى ان يشارك البائع وغيره من الناس باختياره لا بجبر أو تخويف .

وكذا يشترط اختيار المشارك ، ولا يخفى ذلك ولا سيما أنها بيع – مما اشتراه لنفسه لتجر أو لكسب بمناب القدر أو الغير من ثمن ما اشتراه .

واختير أنها بيع وأن الداخل بالشركة يعطى ما ينوبه من الثمن فى الجزء المجعول هو شريكا به وأن الجزء له مع ما ينوبه من الربح .

ولا فرق بينها وبين القراض الا أنها تصح بغير العين وبالعين ، وأنه لا عمل فيها على الداخل بها بخلاف القراض فانه بالعين والعمل فيه على الداخل بالقراض .

ويصححها مصحح البيع على القول بأنها بيع .

ويفسدها ما يفسد البيع .

فان هلكت بضاعة – وهى ما سوفر بها لتجر أو غير بضاعة مما شورك فيه قبل تسليم مشتر حصة الشريك الى الشريك بأن أبى من تسليمها أو هلكت قبل مقدار ما يقبضها بمعنى أنها تلفت عليه من ماله .

فان كان قد قبض ممن أشركه ثمن حصته فليرده له الا أن دعاه لقبضها فلم يقبضها فتلفت بعد مقدار ما يصل قبضها وقد عرفها أو قال له أتركها عندك أو خلى بينه وبين قبضها ، فلم يقبضها ، ورفعها المشترى على رسم الحرز فانها حينئذ تلفت عليهما معا على قدر سهميهما وكذا غير البضاعة مما شورك فيه وقيل تلف ذلك عليهما معا ولو خلى بينه وبين القبض فلم يقبض ما لم يقبضه أو يدعه للقبض فيأبى فعليهما أو يمنعه فعلى المشترى ، وقد صح البيع ومجرد التخلية قبض .

وأما الأصل فله الخيار حتى يراه فان تلف قبل فقد تلف على مالكه .

والأصح أن البيع يصح بلا قبض ، وأن القبض شرط فى انتقال الضمان .

ولا تصح الشركة قبل شراء لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم تقبض وبيع ما ليس عندك .

وان قال له واشترى أنا ما اشترى فأشركك فيه أو اشترى كذا فأشركك فيه فقبل فذلك وعد يجب الوفاء به ، ولا يحكم بشركتهما حتى يشترى فيشركه .

ثم انه لا مانع من التشريك بثمن أو بلا ثمن فى نفس الشىء على أنه لا ربح فيه للداخل بل الربح كله للأول . أو على أنه كله للداخل أو على أن يعطى الثانى الثمن كله وحده .

وفى الديوان كل ما اشتراه للتجارة ، فغيره عن حاله الأول ، مثل القمح والشعير فطحنهما ، والصوف والكتان فعملهما ثيابا ، والتبر فصاغه حليا ، وما أشبه ذلك ، فالشركة فيه جائزة .

وان اشترى شيئا للتجارة فمات فأراد الورثة أن يشاركوا فيه أحدا فلا يجوز ، لأنه صار ميراثا .

وكذلك كل ما اشتراه الرجل للتجارة فانتقل من ملكه بوجه من الوجوه غير البيع فأراد من انتقل اليه أن يشارك فيه أحدا فلا يجوز .

وان شارك رجل رجلا فمات فشركته ثابتة . وتصح قبل شراء فى مثل من أمر أحدا أن يشترى شيئا بينهما انصافا أو اثلاثا أو غير ذلك ، أو قال اشترى أنا بينى وبينك فقال له : نعم فاشتراه بينهما كذلك ، أو أمره أن يشترى بينهما ولم يذكر النصف ولا غيره فيحمل على النصف ، وذلك اذا قامت قرينة على أنه اشترى بينهما سواء عين له ما يشترى أو ذكر له الجنس فقط أو لم يعين ويذكر الجنس مثل أن يقول أنا شريكك فيما تشترى هذا اليوم أو من هذا السوق أو من فلان أو نحو ذلك من المواقيت فاذا قال له نعم أو سكت وأقر حال الشراء انى اشتريت بينى وبين فلان .

وقيل ان افترقا وهو ساكت فالطالب بالخيار .

واذا انعم بذلك ثم اشترى فقال اشتريت لنفسى لم يقبل قوله على الصحيح .

وتصح بعد شراء بلا قبول على القول بأنها غير بيع وأنها فى الربح فقط وأنها هبة وأن الهبة تثبت بلا قبول ما لم ينكرها المعطى[1] .

وقيل تكون المشاركة فى مشترى لتجر ، لا فى مشترى لكسب .

وقيل تكون المشاركة بلا شروط بيع على أنها مجرد هبة فتجوز على هذا القول ولو فى مجهول ولو قبل القبض ولا رد فيها بالعيب .

ومن اشترى ما لتجر أو لكسب — على ما مر من الخلاف فى اختصاص المشاركة فيما لتجر وفى جوازها فيما

---

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٧٠ وما بعدها الى ص ٥٧٥ طبع محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ والمطبعة السلفية ومكتبها بمصر نفس السنة .

لتجر وفيما لكسب — فقيل له شاركني فيه فقال شاركتك فلمن اشترى نصف الربح ان كانت المشاركة في الربح فقط وهي تتصور بلا ثمن ونصف الشيء ونصف ربحه ان كانت في الشيء وربحه وذلك يتصور بالثمن والنصف الآخر من ذلك لطالب الشركة •

ولو كان الطالب لها اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع •

أو كان الطالب ثلاثة فيكون لكل واحد منهم ثلث النصف وهو سدس •

أو كان الطالب أربعة فيكون لكل منهم ربع النصف •

وهكذا ما فوق ذلك فان النصف على كل حال للمشتري وهو صاحب الشيء والشيء الآخر لمن طلب الشركة على رءوسهم •

وقيل ان كان الطالب واحدا فله النصف •

وان كان اثنين فالشيء وربحه أو الربح بين صاحب الشيء والطالب الذي هو اثنان أثلاثا ثلث لصاحب الشيء وثلثان للذين طلبا •

فلو كان الطالب ثلاثة لكان بينهم أرباعا ربع لصاحبه وثلاثة أرباع للثلاثة •

وهكذا ما فوق فان المشتري ومن طلبوا الشركة يكون ذلك على رءوسهم ، وهذا القول هو الصحيح عندي ، لأن الأصل في الشركة اذا أطلقت انصرافها الى التسوية ، ولا تحمل على التفاوت الا بدليل •

ووجه القول الأول تصييره طالبي الشركة بمنزلة رجل واحد لطلبهم بمرة

وان صير اثنان واحدا شريكا فلهما النصف ، لأنهما بمنزلة رجل وله النصف الآخر •

وكذا أن شارك ثلاثة أو أربعة فصاعدا واحدا فلهم النصف وله الآخر •

وقيل يقسمونه أثلاثا أن شارك اثنان واحدا •

وان شارك ثلاثة واحدا فأرباعا وهكذا •

واذا تعدد المشارك والمشارك تساوى عدد كل منهما أو تفاوت مثل أن يشارك انسان اثنين أو اثنان ثلاثة أو ثلاثة اثنين •

فقيل النصف للفريق المشارك على رءوسهم والنصف للفريق المشارك على رءوسهم •

وقيل هو بين الفريقين على رءوسهم ومن شارك آخر بعد الأول فله نصف ما بيده، والنصف هو الربع •

وان شارك بعد ذلك ثالثا كان له ربع ما بيده وهو الثمن •

وان شارك رابعا بعد ذلك فله نصف ربع ما بيده وهو ربع الثمن •

وهكذا اذا أدخل واحدا فله نصف ما بيده لا نصف الكل ، لأنه انما يشارك فيما له خاصة •

وان أشرك اثنان واحدا فلكل منهما نصف ما بيده •

وان أشركا بعد ذلك فلكل منهما نصف ما بيده وكذلك •

وهكذا ما فوق الاثنين •

وان أشرك واحد واحدا ثم أشرك واحد واحدا ثم أشرك اثنين أو أكثر فله نصف ما بيده •

وقيل ما بيده على عدد من أشركهم وعدده على الرءوس •

وكذا ان شارك الداخل بالشركة رجلا آخر •

وكذا ان شارك الثالث رابعا وهكذا •

ولا يشارك الشخص الا فيما له خاصة ، دون ما للذى أشركه من قبل ودون ما لغيره من يتيم أو مجنون أو غائب أو غيرهم ودون مجموع ما أشركه مع غيره ؛ لأن المشاركة بمنزلة الهبة ولا سيما ان كانت فى الربح ، فانها حينئذ نفس هبة ما سيوجد بمنزلة هبة ما وجد ولا يهب الانسان مال غيره ولا ماله ومال غيره الا هبة ثواب أو هبة يرجو فيها مصلحة فانه يجوز له ذلك فى مال من قام عليه كغائب ويتيم ومجنون ووقف •

وقيل لا تجوز شركة فى ربح وحده وأما فى الشىء ويتبعه الربح فجائزة وذلك تبع فيه صاحب النيل أبا ستة رحمهما الله تعالى : ونتاج مشترك — ان كان أمة أو دابة تلد — وغلته • ان كان أرضا أو نباتا أو شجرا — بعد الشركة من الربح ، فللداخل بالشركة نصيب فى ذلك اما قبل الشركة فللمشترى وحده ولو كان ذلك موجودا ان كان منفصلا وكان بحيث لا يتبع المبيع فان التشريك بيع •

ومن قال يختص بالربح فانه قال بمنزلته البيع ومؤنته من أكل وشرب ولباس وسكنى وحرز وقيد ومداواة ومن كل ما يحتاج اليه بعد المشاركة •

وجنايته وزكاته على الأول الذى هو المشترى الذى أدخل رجلا آخر مثلا لا على الداخل بالشركة على أن الشركة فى الربح فقط •

ولا يدرك شيئا من ذلك حتى يباع فيخرج مقدار ذاك المذكور من الجناية والمؤنة والزكاة للأول من ربح ان كان الربح وأخرج ذلك المذكور من ماله •

وان لم يخرج ما لزمه من جناية أو زكاة حتى بيع بربح ، فان شاء أخرجه من الربح ، وان شاء أخرجه من ماله وأخذ مثله من الربح .

وان لم يكن ربح أخرج ذلك من ماله .

وان أخرجه قبل فذاك ولا رجوع له على أحد ويقسم الباقى من الربح بينه وبين من دخل بالشركة .

وجاز فعل الأول المشترى كله فى الشيء الذى شارك فيه غيره فى ربحه خاصة كهبة للثواب أو لغيره . وبيع بأنواعه واصداق واجارة ورهن واعطائه فى أرش أو دية وقضائه فى حق وتصدقه ، وتدبير لموته أو لغير موته واعتاق بأى نوع ولو بكتابة ، فان كان ربح ضمن حصة المشارك سواء تبين الربح فى ذاته ، كما اذا أعتقه ، أو دبره ، أو رهنه ، أو أصدقه ، وقد تبين أن قيمته زادت على ما اشتراه به ، أو تبين بفعله ، كما اذا باعه بأكثر مما اشتراه به ، أو رهنه فبيع بأكثر أو قضاه فى أكثر أو أعطاه فى اصداق بأكثر أو فى أرش أو دية بأكثر أو نحو ذلك .

وان باعه برخص فقلت الفائدة أو انتفت لم يدرك عليه ما نقص بالرخص ولو تعمده كذا يقال وأولى منه أن يدركه بل هنا قولان .

قيل له الربح قبل البيع .

وقيل : لا حتى يباع .

فعلى هذا القول الأخير أن باعه بلا ربح وقد وجد فيه فلا شيء للثانى .

أما فعل المشارك فلا يجوز فان فعل المشارك فيه ذلك قبل تحقق الربح لم يثبت فعله ولو كان اعتاقا لعدم تحقق ربح ، فما لم يتحقق الربح فلا نصيب له فيه ، فلا يصح فعله اجماعا اذا لم يكن الربح[1] .

ثالثا : الاشراك فى الوصية

مذهب الحنفية :

جاء فى البحر الرائق[2] : أن من أوصى الى شخص فعجز الوصى عن التصرف ضم اليه غيره ، لأن فى الضم رعاية الحقين ، حق الوصى وحق الورثة ، لأن تكميل النظر يحصل به ، لأن النظر يتم باعانة غيره .

ولو شكا الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ، لأن الشاكى قد يكون كاذبا على نفسه .

ولو ظهر للقاضى عجزه استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين .

---

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٧٦ وما بعدها الى ص ٥٨١ الطبعة السابقة .

(٢) انظر كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم وبهامشه حواشى منحة الخالق لابن عابدين ج ٨ ص ٥٢٤ الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضى أن يخرجه ، لأنه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره •

وكذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصى اليه لا ينبغى له أن يعز له حتى تبدو له منه خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت •

غير أنه اذا ظهرت الخيانة فاتت الأمانة والميت انما اختاره وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها ، ولو كان حيا لأخرجه منها ، فينوب القاضى منابه عند عجزه ، ويقيم غيره مقامه ، كأنه مات ولا وصى له •

واذا أوصى الى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف فى مال الميت •

فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى •

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف •

ثم قيل : الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد •

وأما اذا أوصى اليهما معا أو أوصى اليهما بعقد على حدة •

ومحل الخلاف اذا كان ذلك فى عقدين •

وأما اذا كان فى عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى •

وقيل : الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف •

وقال فى المبسوط وهو الأصح ، ولا يخفى أن المراد من البطلان التوقف على اجازة الآخر أو رده بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع •

والفرق ان ضم الثانى فى الايصاء دليل على عجز الأول عن المباشرة وحده ، وهذا لأن ضم الايصاء الى الثانى يقصد به الاشتراك مع الأول ، وهو يملك الرجوع عن الوصية للأول ، فيملك اشتراك الثانى معه ، وقد يوصى الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ، ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة •

وبطلان تصرف أحد الوصيين على[1] الخلاف الذى مر انما يكون فى غير التجهيز وشراء الكفن ، لأن فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر ويملكه الرفقة فى السفر •

---

(١) المرجع السابق للشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم ج ٨ ص ٥٢٦ الطبعة السابقة .

وكذلك لا يبطل تصرف أحد الوصيين لحاجة الصغار والاتهاب لهم ، لأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى ، وانفراد أحدهما بذلك خير ، ولهذا يملكه كل من هو فى يده .

ومثل ذلك أيضا رد وديعة عين وقضاء دين ، لأن ذلك ليس من باب الولاية ، وانما هو من باب الاعانة ، ألا ترى أن صاحب الحق يملكه اذا ظفر به ، بخلاف اقتضاء دين الميت ، لأنه رضى بأمانتهما جميعا فى القبض ، ولأن فيه معنى المبادلة ، وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد من هذا القبيل ، وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به احدهما دون صاحبه .

وما استثناه القدورى فى مختصرة بقوله الا فى شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ وصية بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة فى حقوق الميت ، فهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها فى مختصره .

واقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها عنى ذلك أشياء بقوله : ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الأموال الضائعة ، وهذه التى زادها فى الهداية على ما فى الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر .

ثم قال فى البحر : ولو مات أحد الوصيين جعل القاضى مكانه وصيا آخر .

أما عندهما فظاهر ، لأن الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا ينظر الى الميت عند عجز الميت .

وأما عند أبى يوسف فلأن الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قدر أن يجعل وصيين يتصرفان ، وذلك ممكن لتحقيق نصب وصى آخر مكان الأول .

وجاء فى الدر المختار : وحاشية ابن عابدين[1] عليه :أنه لو قال الموصى : ما لى بين زيد وعمرو وعمرو ميت فلزيد نصفه ، لأن كلمة بين توجب التنصيف .

قال ابن عابدين الظاهر أن هذا اذا دخلت على مفردين كما هنا أما لو دخلت على ثلاثة كقوله بين زيد وعمرو وبكر فانها توجب القسمة على عددهم .

وعلى هذا فاذا قال بين زيد وسكت فانما تنصف ، لأن أقل الشركة بين اثنين ولا نهاية لما فوقهما .

وأما اذا دخلت على جمعين ففى المعراج

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج٥ ص ٤٤٥ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

لو قال بين بنى زيد وبين بنى بكر وليس لأحدهما بنون فكل الثلث لبنى الآخر ، لأنه جعل كل الثلث مشتركا بين بنى زيد حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم فاذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم[1] .

ولو أوصى بمائة لرجل وبمائة لآخر ، وقال لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لتساوى نصيبيهما ، لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى : « فهم شركاء فى الثلث »[2] على المساواة فأمكنت المساواة فلكل ثلثا المائة .

ولو أوصى بأربعمائة مثلا لرجل وبمائتين لرجل آخر ، وقال لآخر أشركتك معهما فله نصف ما لكل منهما لتفاوت نصيبيهما فيساوى كلا منهما .

قال ابن عابدين ولا يمكن المساواة بين الكل فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له ، فيأخذ النصف من كل واحد من المالين .

ولو أوصى لزيد بأمة ولبكر بأمة أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان تفاوتا قيمة فله نصف كل اجماعا وكذا أن تساويا عنده

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٦ الطبعة السابقة .
(٢) الآية رقم ١٢ من سورة النساء .

وثلث كل عندهما بناء على قسمة الرقيق وعدمها .

وفى الدر[3] : ان أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما لا مكان المساواة .

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية[4] الدسوقى عليه : أنه أن أوصى شخص لاثنين بلفظ واحد كجعلتكما وصيين ، أو بلفظين فى زمن واحد ، أو زمنين من غير تقييد باجتماع أو غير ذلك بدون صاحبه ألا بتوكيل منه . فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح ، أو غير ذلك بدون صاحبه ألا بتوكيل منه .

أما أن قيد الموصى فى وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به .

قال ابن عبد السلام ولم يجعلوا وصيته للثانى ناسخة للأول .

وان مات أحدهما أو اختلفا فى أمر كبيع أو شراء أو تزويج أو غير ذلك ،

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٤٤٦ ، ص ٤٤٧ الطبعة السابقة .
(٤) أنظر كتاب حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش ج ٤ ص ٤٥٣ ، ص ٤٥٤ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

فالحاكم ينظر فيما فيه الأصلح ، هل يبقى الحى منهما أو يجعل معه غيره فى الأولى ، أو يرد فعل أحدهما دون الآخر ، أو يردهما معا فى الثانية .

ولا يجوز لأحدهما ايصاء فى حياته دون اذن صاحبه ، وأما باذنه فيجوز .

ولا يجوز لهما قسم المال بينهما ليستقل كل بقسم منه يتصرف فيه على حدته ، والا بأن اقتسماه ضمنا لما تلف منه ولو بسماوى للتفريط ، فيضمن كل ما تلف منه ، أو من صاحبه لرفع يده عما كان يجب وضعها عليه .

قال الدسوقى : وانما يضمن كل ماتلف منه ، لا ستقلاله بالنظر فيه ، مع أن الموصى أشركه مع غيره فى النظر فيه ، فهو مقيد باستقلاله ، ويضمن أيضا كل ما تلف من صاحبه ، وذلك لتعديه برفع يده عما كان يجب وضعها عليه .

وما ذكره الشارح من ضمان كل ماتلف منه أو من صاحبه هو المعتمد .

وقيل : ان كل واحد يضمن ما هلك بيد صاحبه فقط ، دون ما هلك بيده ، ودرج عليه ابن الحاجب رحمه الله تعالى ، والقولان لعبد الملك .

وكلام الدردير يحتمل لكل من القولين .

والحاصل أن القولين متفقان على أن كل واحد يضمن ما سلمه لصاحبه .

والخلاف انما هو فى ضمان كل منهما ما تلف بيده .

وفائدة ذلك أن كل واحد غريم بجميع المال أو بما قبضه صاحبه فقط .

وجاء فى التاج[1] والاكليل : نقلا عن المدونة : من أوصى الى وصيين فليس لأحدهما بيع ، ولا شراء ، ولا نكاح ، ولا غيره دون صاحبه ، الا أن يوكله .

قال ابن عرفة رحمه الله تعالى : وسواء أوصى اليهما على سبيل المعية والشركة فى زمان ، أو فى زمانين .

وقوله الا أن يوكله زاد فى الموازية الا مالا بد منه من الشىء التافه من الطعام ، ومالا بد منه مما يضر بهم تأخيره فهو خفيف اذا غاب الآخر وأبطأ .

وقال ابن سلمون رحمه الله تعالى : اذا كان هناك مشرف فما فعله الوصى بغير علم المشرف مضى ان كان سدادا ، فان أراد المشرف أن يرد السداد لم يكن له

(١) انظر كتاب مواهب الجليل شرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل لأبى عبدالله محمد بن يوسف الشهير بالمواق ج ٦ ص ٣٩٦ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨ هـ الطبعة الأولى .

ذلك ، والمال لا يكون الا عند الوصى لاعند المشرف .

وقال ابن رشد رحمه الله تعالى : فليس نكاح أحد الوصيين بمنزلة انكاح الوصى دون اذن المشرف والمشرف ليس بوصى ، ولا ولى ، ولا له من ولاية العقد شىء ، انما له المشاورة التى جعلت له خاصة .

وقال ابن شاس رحمه الله تعالى : ان مات احدهما استقل الآخر .

قال ابن عبد السلام رحمه الله تعالى هذا بعيد فى الفقه .

قال ابن عرفة فى الموازية لابن القاسم أنه لو مات أحدهما ولم يوص ، فان كان الباقى بين العدالة والكفاءة ام يجعل القاضى معه غيره .

وروى محمد اذا عزل أحد الوصيين بجناية لم يجعل مع الآخر غيره .

وروى على أنه يجعل معه غيره ، ومال اليه سحنون .

وروى عن المدونة ان اختلف نظر السلطان .

وقال اللخمى أن رد السلطان ما فعله أحدهما صوابا اثبته وان كره الآخر .

ورشح البرزلى فى نوازله أن فعل فعلا لو رفع للحاكم لم يفعل غيره فانه يكون كأن الحاكم فعله وليس لأحدهما أيصاء .

قال عيسى للوصى أن يوكل فى حياته وعند موته قاله مالك وجميع أصحابه .

قال ابن رشد لاخلاف بينهم فيه انما الخلاف فى الوصيين المشترك بينهما فى الايصاء ، هل لأحدهما أن يوصى بما اليه من الوصية أم لا ؟ على ثلاثة أقوال .

الأول أن ذلك له ولو الى من ليس معه فى الوصية ، أتت الرواية بهذا عن مالك ، وهو ظاهر قوله فى المدونة ، وهو ظاهر قول عيسى .

الثانى : ليس له ذلك وهو الى من معه فى الوصية وهو ظاهر قول سحنون .

الثالث : أنه ليس له ذلك لا الى شريكه فى الايصاء ، وهو الذى تأوله الشيوخ على سحنون فى قوله فى المدونة .

وقال[1] ابن عات ان قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون اذن صاحبه لم يجز بيعه ويرده الآخر ويضمنه أن فات الا أن يكون شرط الموصى أن من عاقه عائق فالباقى منهما منفرد بالوصية ، ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر أو شغله من غير وكالة ولا ضمان عليه فيما فعل حينئذ .

قال الحطاب هذا على مذهب ابن الماجشون لسحنون .

---

(١) المرجع السابق من كتاب مواهب الجليل شرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل للحطاب ج ٦ ص ٣٩٦ الطبعة السابقة .

ومن أوصى[1] بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فانهما يشتركان فيه ، وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ، ثم أوصى لآخر اشتركا فيه ، وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ، ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا فى الثلث على نسبة الأجزاء .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية[2] المحتاج : أنه لو وصى اثنين وشرط عليهما الاجتماع أو اطلق بأن قال أوصيت اليكما أو الى فلان ، ثم قال ولو بعد مدة أوصيت الى فلان .

وظاهر كلامهم هنا عدم الفرق بين علمه بالأول وعدمه وعليه فيفرق بين هذا ونظيره السابق قبل الفصل بأن الاجتماع هنا ممكن مقصود للموصى ، لأن فيه مصلحة له ، وثم اجتماع الملكين على الموصى به وهو متعذر والتشريك خلاف مدلول اللفظ فتعين النظر للقرينة ، وهى وجود علمه وعدمه .

ولو قال أوصيت اليه فيما أوصيت فيه لزيد ، كان رجوعا لم ينفرد أحدهما فيما اذا قبلا بالتصرف ، عملا بالشرط فى الأول ، واحتياطا فى الثانى ، فلابد من اجتماعهما فيه ، بأن يصدر عن رأيهما ، أو يأذنا لثالث فيه .

ومحل ذلك فيما يتعلق بالطفل وماله وتفرقة وصية غير معينة وقضاء دين ليس فى التركة جنسه ، بخلاف رد وديعة وعارية ومغصوب وقضاء دين فى التركة جنسه ، فلكل الانفراد به ، لأن لصاحبه الاستقلال بأخذه ، وقضية الاعتداد به . ووقوعه موقعه اباحة الاقدام عليه وهو الأوجه وان بحثا خلافه .

ولو اختلف وصيا التصرف المستقلان فيه نفذ تصرف السابق ، أو غير المستقلين فيه الزما العمل بحسب المصلحة التى رآها الحاكم ، فان امتنع أو احدهما أو خرجا أو احدهما عن أهليه التصرف أناب عنهما ، أمينين أو أمينا ، أو فى التصرف أوفى الحفظ والمال مما لا ينقسم استقلا أولا تولاه الحاكم فان انقسم قسمه بينهما .

ولكل التصرف بحسب الاذن ، فان تنازعا فى عين النصف المحفوظ أقرع بينهما ، فان نص على اجتماعهما فى الحفظ لم ينفرد أحدهما بحال الا أن صرح به أى الانفراد فيجوز حينئذ كالوكالة .

وكذا لو قال الى كل منكما أو كل منكما وصيى فى كذا ، أو أنتما وصياى فى كذا .

ويفرق بين هذا وأوصيت اليكما ، بأنه

---

(١) كتاب مواهب الجليل شرح مختصر ابى الضياء سيدى خليل للحطاب ج ٦ ص ٣٧٢ الطبعة السابقة .

(٢) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى عليه وبهامشه المغربى ج ٦ ص ١٠٧ طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

هنا أثبت لكل وصف الوصايا ، فدل على الاستقلال بخلافه .

ثم لو جعل عليه أو عليهما مشرفا أو ناظرا لم يثبت له تصرف ، وانما يتوقف على مراجعته كما فى البحر قال الأذرعى الا فى نحو شراء يقل مما لا يحتاج لنظر .

وجاء فى موضع[1] آخر : أنه يدخل فى وصية الفقراء المساكين وعكسه .

والمراد بهما هنا ما يأتى فى قسم الصدقات فيتعين المسلمون ، فما وصى به لأحدهما يجوز دفعه الى الآخر ، لأنهما اذا افترقا اجتمعا ، واذا اجتمعا افترقا .

ويجوز النقل هنا الى غير فقراء بلد المال ، لأن الاطماع اليها لا تمتد كامتدادها فى الزكاة والوصية لليتامى ، أو الأرامل ، أو الأيامى ، أو العميان ، أو الحجاج ، أو الزمنى ، أو أهل السجون ، أو الغارمين ، أو لتكفين الموتى ، أو حفر قبورهم تقتضى اشتراط فقرهم ، وان استبعده الأذرعى فى الحجاج .

ووجه اعتباره فيهم أن الحج يستلزم السفر بل طوله غالبا وهو يستلزم الحاجة غالبا ، فكان مشعرا بالفقر ، فلذا اختص بفقرائهم ، واليتيم صغير لا أب له ، والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج ، ويشتركان فى اشتراط الخلو عن الزوج حالا .

ولو أوصى للأرامل أو الأبكار أو الثيب لم يدخل فيهن الرجال وأن لم يكن له زوجات أو للعزاب صرف لرجل لا زوجة له .

ولا تدخل المرأة الخلية فى أوجه الرأيين .

ولو جمعهما أى النوعين فى وصية شرك الموصى به بينهما أى شركه الوصى ان كان ، والا فالحاكم نصفين ، فيحمل نصف الموصى به للفقراء ، ونصفه للمساكين كما فى الزكاة ، ولا يقسم ذلك على عدد رءوسهم ، ولا يجب استيعابهم بل يستحب عند الامكان .

بخلاف ما لو أوصى لبنى زيد وبنى عمرو حيث يقسم على عددهم ولا ينصف .

وأقل كل صنف من الفقراء والمساكين مثلا حيث لم يقيدوا بمحل أو قيدوا به وهم غير محصورين ثلاثة لأنها أقل الجمع .

ثم قال[2] : أنه يفرق بين الوصية للوراث وغيره بأنه لو أوصى بشى لزيد ثم به

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح الفاظ المنهاج لشمس الدين محمد أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملى المنوفى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير على حاشية أبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى القاهرى المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ وبالهامش حاشية احمد بن عبد الرازق بن محمد بن احمد المعروف بالمغربى الرشيدى المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ ج ٦ ص ٧٨ وما بعدها طبع مطبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده سنة ١٣٥٧ هـ ، سنة ١٩٣٨ م .

(٢) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج وحاشية الشبراملسى ج ٦ ص ٩٤ الطبعة السابقة .

لعمرو ، ومثله ما لو أوصى بحامل لزيد ، وبحملها لعمرو أو عكس ، وقلنا ، بأن الوصية تستتبع الحمل ، فانه يشرك بينهما ، لاحتمال نسيانه للأولى ، بأن الثانى هنا لما ساوى الأول فى كونه موصى له ، وطارئا استحقاقه ، لم يكن ضمه اليه صريحا فى رفعه فأثر فيه احتمال النسيان ، وشركنا لعدم المرجح ، بخلاف الوارث ، فانه مغاير له ، واستحقاقه أصلى ، فكان ضمه اليه رافعا لقوته .

ولو أوصى بشىء[1] لزيد ، ثم لعمرو وشرك بينهما لأن الجملة اثنان ونسبة كل اليهما النصف ، فهو على طبق ما يأتى عن الشيخين ، وان وهم فيه بعضهم زاعما أن محل التشريك هنا هو محل الرجوع ، نظير ما يأتى عن الاسنوى ، فاذا رد أحدهما أخذ الآخر الجميع .

بخلاف ما لو أوصى به لهما ابتداء فرد أحدهما يكون النصف للوارث دون الآخر ، لأنه لم يوجب له سوى النصف نصا .

ولو أوصى بها لواحد ، ثم بنصفها لآخر كانت أثلاثا ثلثاها للأول ، وثلثها للثانى .

وما ادعاه الاسنوى من أن هذا غلط، وأن الصواب أنها أرباع بناء على أن محل التشريك هو محل الرجوع هو الغلط ، لأن المرعى عندهم فى ذلك طريقة العول ، بأن يقول معنا مال ونصف مال ، فيضم النصف الى الكل ، فتكون الجملة عندهم ثلاثة ، تقسم على النسبة ، فيكون لصاحب المال ثلثاه ، ولصاحب النصف الثلث ، وقد ذكرها الشيخان فى القسم الثانى فى حساب الوصايا .

ويستأنس لهذا من القرآن الكريم ، بأن الله تبارك وتعالى جعل للابن اذا انفرد جميع المال ، وللبنت اذا انفردت النصف ، فاذا اجتمعا أخذ الابن قدرها مرتين ، فكذلك قلنا ، يعطى الموصى له بالجميع الثلثين ، والموصى له بالنصف الثلث .

هذا هو الصواب .

والذى فى المهمات سهو .

وقد يجمع بينهما بأن كلام الاسنوى عند احتمال ارادة الموصى التشريك بينهما ، وكلام الشيخين عند انتفائه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع[2] أنه اذا أوصى شخص الى واحد وأوصى بعده الى آخر فهما وصيان ، ولم يكن ذلك عزلا

---

(1) المرجع السابق لشمس الدين محمد أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه ج ٦ ص ٩٧ الطبعة السابقة .

(2) كشاف القناع عن متن الاقناع للعلامة الشيخ منصورين أدريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن يونس البهوتى ج ٢ ص ٥٣٤ ، ص ٥٣٥ ، ص ٥٣٦ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى .

للأول ، لأن اللفظ لا يدل عليه مطابقة ولا تضمنا ، ولا يستلزمه ، فان الجمع ممكن كما لو أوصى اليهما جميعا فى حالة واحدة الا أن يقول قد أخرجت الأول فان قاله أو نحوه مما يدل عليه انعزل ، لحصول مقصود العزل ممن يملكه •

وليس لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف، لأن الموصى لم يرض الا بتصرفهما ، وانفراد أحدهما يخالف ذلك ، الا أن يجعل الموصى التصرف لكل منهما ، فلكل منهما الانفراد حينئذ ، لرضا الموصى بذلك ، أو يجعل التصرف لأحدهما ، واليد للآخر ، فيصح تصرفه منفردا ، عملا بالوصية ، واذا أرادا التصرف ، فالظاهر أن المراد باجتماعهما ليس معناه تلفظهما بصيغ العقد ، معا بل صدور التصرف عن رأيهما واجتهادهما •

ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما التصرف وحده ، أو يباشره الغير باذنهما •

ولا يشترط أن يوكل أحدهما الآخر •

وان اختلفا فى شىء وقف الأمر حتى يتفقا

وان مات أحدهما ، أو جن ، أو غاب ، أو وجد منه ما يوجب عزله كسفه وعزله نفسه ، ولم يكن الموصى جعل لكل منهما الانفراد بالتصرف ، أقام الحاكم مقام الميت أو المجنون ونحوه أمينا ، ليتصرف مع الآخر •

وأن أراد الحاكم أن يكتفى بالباقى منهما لم يجز له الاكتفاء به ، لأن الموصى لم يكتف بأحدهما ، فلا يقتصر عليه ، اذ الوصية تقطع نظر الحاكم واجتهاده •

فان جعل الموصى لكل منهما الانفراد بالتصرف ، أو جعل التصرف لأحدهما صح تصرفه منفردا •

فان مات أحدهما ، والحالة هذه لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، أو خرج أحدهما عن أهلية التصرف ، والحالة هذه لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، واكتفى بالباقى منهما ، لرضا الموصى به الا أن يعجز الباقى عن التصرف وحده ، فيضم الحاكم اليه أمينا يعاونه •

ولو حدث لأحدهما عجز ، لضعف ، أو كثرة عمل ونحوه ، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفردا ، ضم الحاكم أمينا لمن عجز يعاونه ، والوصى هو الأول •

واذا اختلف الوصيان وليسا مستقلين عند من يجعل المال منهما ، بأن طلب كل أن يكون المال تحت يده ، أو يد الآخر لم يجعل المال عند واحد منهما ، لعدم رضا الموصى بذلك ، ولم يقسم المال بينهما ، لأن من لوازم الشركة فى التصرف الشركة فى الحفظ ، لأنه مما وصى به ، فلا يستقل ببعض الحفظ ، كما لا يستقل ببعض التصرف ، وجعل المال فى مكان تحت أيديهما لكل واحد منهما عليه نحو قفل ، فان تعذر ذلك ختما عليه ودفع الى أمين القاضى ، وان كانا مستقلين احتمل ذلك ، واحتمل القسمة ، ذكره الحارثى •

وان نصب الموصى وصيا ونصب الموصى عليه ناظرا يرجع الوصى الى رأيه ، ولا يتصرف الوصى الا باذنه جاز .

قلت : فان خالف لم ينفذ تصرفه ، لأن الموصى لم يرض برأيه وحده .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم (١) فى المحلى : لا تجوز الوصية لميت ، لأن الميت لا يملك شيئا .

فمن أوصى لحى ثم مات بطلت الوصية له .

فان أوصى لحى ولميت جاز ، نصفها للحى وبطل نصف الميت .

وكذلك لو أوصى لحيين ثم مات أحدهما جازت للحى فى النصف ، وبطلت حصة الميت ، وهو قول على بن أبى طالب كرم الله وجهه وغيره .

مذهب الزيدية :

قال صاحب (٢) التاج المذهب : اعلم أن المشارف مع الوصى لو قال الموصى وفلان مشارف معك أو عليك وكذا الرقيب والمهيمن والمشروط علمه ورأيه واستشارته وصى مع ذلك الوصى المأمور بالتصرف فهما معا وصيان كما لو قال أوصيت اليكما معا لا المشروط حضوره ، أو شهادته ، أو اطلاعه ، فانه لا يكون وصيا ، لأن هذا اللفظ لا يفيد الا الشهادة لا غيره ، وأما حضوره فلابد منه .

فان امتنع أو مات بطلت الوصية .

واذا أسند وصايته الى شخصين أو وصى ومشارف ، أو رقيب كان لكل منهما أن ينفرد بالتصرف فيما يتعلق بتركة الميت مما تناوله أمره من قبض أو اقباض ، اذ هو وصى مستقل .

ولو تصرف فى حضرة الآخر جاز ومع غيبته أولى .

الا أن يشرط الموصى الاجتماع فى تصرفهما عنه فلا يصح تصرف المنفرد منهما ، لمخالفته ما أمر به ، فان فعل بقى موقوفا على اجازة الآخر ، اذ لابد أن يكونا مجتمعين على التصرف ، أو فى حكم المجتمعين ، بأن يوكل أحدهما فى انفاذ ذلك التصرف .

فان غاب أحدهما أو تمرد أو تعذرت مواصلته تأخر تصرف الآخر حتى يمكن اجتماعهما .

(١) المحلى للامام محمد بن على بن سعيد بن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٢٢ مسألة رقم ١٧٥٥ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠ هـ الطبعة الأولى لمحمد بن عبده اغا الدمشقى .

(٢) انظر كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٤ ص ٣٨٨ ، ص ٣٨٩ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ .

وأما لو مات أحدهما بطلت ولاية الآخر الا أن يوصى اليه الميت أو الى غيره ، لأنه يقوم مقامه ٠

وقال فى البحر ، أما فى رد الوديعة والمغصوب فلا يجب الاجتماع ولو شرط الموصى ، لأنه لا يحتاج الى ولاية ٠

وهكذا لو قال سلما هذه الدراهم الى زيد عن زكاتى لم يشترط الاجتماع وصح من أحدهما ٠

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة[1] البهية : أنه تصح الوصية الى الصبى منضما الى كامل ، لكن لا يتصرف الصبى حتى يكمل فينفرد الكامل قبله ، ثم يشتركان فيها مجتمعين ٠

نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبى اتبع شرطه ٠

وحيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضرورى ، بل له كمال التصرف وانما يقع الاشتراك فى المتخلف ٠

ولا اعتراض للصبى بعد بلوغه فى نقض ما وقع من فعل الكامل موافقا للمشروع ، والى المرأة والخنثى عندنا مع اجتماع الشرائط لانتفاء المانع ٠

وقياس الوصية على القضاء واضح الفساد ، لأن القضاء ولاية عامة ولا ولاية لها والوصايا ولاية خاصة ٠

ويصح تعدد الوصى فيجتمعان لو كانا اثنين فى التصرف بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشر أحدهما ، الا أن يشترط لهما الانفراد فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره ٠

فان تعاسرا فأراد أحدهما نوعا من التصرف ومنعه الآخر صح تصرفهما فيما لابد منه ، كمؤنة اليتيم ، والدابة ، واصلاح العقار ووقف غيره على اتفاقهما

وللحاكم الشرعى اجبارهما على الاجتماع من غير أن يستبدل بهما مع الامكان ، اذ لا ولاية له فيما فيه وصى ٠

فان تعذر عليه جمعهما استبدل بهما تنزيلا لهما بالتعذر منزلة المعدوم ، لاشتراكهما فى الغاية ، كذا أطلق الأصحاب ٠

وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصى أما معه فلا ، لأنهما بتعاسرهما يفسقان لوجوب المبادرة الى أخراج الوصية مع الامكان ، فيخرجان بالفسق عن الوصاية ، ويستبدل بهما الحاكم ، فلا يتصور اجبارهما على هذا التقدير ٠

---

(١) انظر كتاب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٦٠ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ ٠

وكذا لو لم نشترطها وكانا عدلين لبطلانها بالفسق حينئذ على المشهور .

نعم لو لم نشترطها ، ولا كانا عدلين أمكن اجبارهما مع التشاح ، وليس لهما قسمة المال ، لأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع فى التصرف .

ولو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع نظر ، من أنه خلاف الشرط فلا يصح ، ومن أن الاتفاق على الاجتماع يقتضى صدوره عن رأى كل واحد منهما وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد وهو حاصل ان لم يكن هنا آكد .

والظاهر أن شرط الانفراد رخصة لهما لا تضييق .

نعم لو حصل لهما فى حال الاجتماع نظر مخالف له حال الانفراد توجه المنع ، لجواز كون المصيب هو حالة الانفراد ، ولم يرض الموصى الا به .

ولو نهاهما عن الاجتماع اتبع قطعا عملا بمقتضى الشرط الدال صريحا على أن النهى عن الاجتماع فيتبع .

ولو جوز لهما الأمرين ، الاجتماع والانفراد أمضى ما جوزه ، وتصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع والانفراد .

فلو اقتسما المال فى هذه الحالة جاز بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر ، لأن مرجع القسمة حينئذ الى تصرف كل منهما فى البعض وهو جائز بدونها .

ثم بعد القسمة لكل منهما التصرف فى قسمة الآخر وان كانت فى يد صاحبه ، لأنه وصى فى المجموع فلا تزيل القسمة ولايته فيه .

ولو ظهر من الوصى المتحد أو المتعدد على وجه يفيد الاجتماع عجز ضم الحاكم اليه معينا ، لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم وبقدرته على المباشرة فى الجملة لم يخرج عن الوصاية ، بحيث يستقل الحاكم فيجمع بينهما بالضم .

ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الاجتماع .

أما المأذون لهما فى الانفراد فليس للحاكم الضم الى أحدهما بعجز الآخر لبقاء وصى كامل .

وبقى قسم آخر وهو ما لو شرط لأحدهما الاجتماع وسوغ للآخر الانفراد فيجب اتباع شرطه فيتصرف المستقل بالاستقلال ، والآخر مع الاجتماع خاصة .

وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين وانفراد الباقى بعد موت الآخر ، أو عجزه فيتبع شرطه .

وكذا يصح شرط مشرف على أحدهما بحيث

لا يكون للمشرف شيء من التصرفات وانما يصدر عن رأيه ، فليس للوصى التصرف بدون اذنه مع الامكان ، فان تعذر ولو بامتناعه ضم الحاكم الى الوصى معينا كالمشروط له الاجتماع على الأقوى ، لأنه فى معناه حيث لم يرض برأيه منفردا .

وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما فى نوع خاص ، والآخر فى الجميع منفردين ومجتمعين على ما اشتركا فيه .

ولو خان الوصى المتحد ، أو أحد المجتمعين أو فسق بغير الخيانة عزله الحاكم ، بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم ، لخروجه عن شرط الوصاية ، وأقام الحاكم مكانه وصيا مستقلا ان كان المعزول واحدا ، أو منضما الى الباقى ان كان أكثر .

وجاء فى موضع [1] آخر : أنه لو قال أعطوا زيدا والفقراء فلزيد النصف ، لأن الوصية لفريقين فلا ينظر الى أحدهما كما لو أوصى لشخصين أو قبيلتين .

وقيل الربع ، لأن أقل الفقراء ثلاثة من حيث الجمع وان كان جمع كثرة لما تقدم من دلالة العرف واللغة على اتحاد الجمعين .

فاذا أشرك بين زيد وبينهم بالعطف كان كأحدهم .

ويضعف بأن التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين آحادهم ، فيكون زيد فريقا والفقراء فريقا آخر .

وفى المسألة وجه ثالث وهو أن يكون زيد كواحد منهم ، لأنهم وان كانوا جمعا يصدق بالثلاثة لكنه يقع على ما زاد ، ولا يتعين الدفع الى ثلاثة بل يجوز الى ما زاد أو يتعين حيث يوجد فى البلد .

ومقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم وهو أمتن من السابق وان كان الأصح الأول .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح[2] النيل : أنه جاء فى الأثر من أوصى الى وصيين أو أكثر ، ولم يجعل لأحدهم ما لجملتهم فليس له أن ينفذ الا برأيهم أو حضرتهم وقيل لكل أن ينفذ الثلث أن كانوا ثلاثة وهكذا وان جعل لكل مالهم كان له .

ويجوز أمر الواحد فى ذلك وان لم يقل الا أنهم أوصياؤه كان التصرف عن الكل .

وان جعل لهم التصديق فيما أوصى به فمات أحدهم بطل .

وان اختلف الوصيان كان نصف المال عند كل .

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٤٣٤، ٤٣٥ وما بعدها طبع مطبعة صاحب الامتياز يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

وقيل بأتمنان عليه غيرهما لا أحدهما الا أن تراضيا •

وفى اجازة أيصاء الوصى فيما أوصى اليه غيه قولان •

وأن أوصى أحدهما الآخر فمجيز أيصاء الوصى يقول : ان الباقى منهما وصى فى الكل •

ومانعه بأمر الحاكم أن يقيم معه وكيلا •

ومن أوصى الى رجلين فمات أحدهما أقام مكانه آخر ، ولا يجوز تصرف أحدهما وحده ، الا فيما لابد منه أن لو غاب أحدهما •

وقيل : لا الا باذن الآخر أو الحاكم، وذلك كاحتياج الايتام الى مأكل أو ملبس أو نحوهما •

ومن قال فلان وصى الى أن يقدم فلان فالوصية اليه كان كما أوصى •

ومن جعل وصيين ولكل منهما فى وصيته ما جعله لهما ، وحيهما عن ميتهما، وشاهدهما عن غائبهما بلفظ ثابت ثبت عليه •

وان لم يجعل لهما ذلك فلا حجة لهما الا بمحضرهما •

وقيل : لكل حجة فى انفاذ النصف •

والأول أصح •

وأن قام به أحدهما بأمر الآخر جاز اجماعا •

وان مات أحدهما فللحى أن يقوم بالكل ولو لم يجعل لهما •

وقيل لا الا أن اقام له الحاكم أو الجماعة وكيلا معه •

وقيل : له انفاذ النصف فيما يتجزأ •

والأول أحوط •

والأوسط أصح •

والأخير جائز •

وان قال لأوصيائه أجزت لكم ما للأوصياء ، أو أجزت لكم ما جاز لى أن أجيزه لكم لم يجز لأحدهم انفاذها الا عن رأيهم •

وأن قال أجزت لكل منكم ما لجميعكم من الانفاذ جاز لكل •

ومن أوصى لرجلين ولم يتفقا ، لم يجز لأحدهما انفاذ النصف وترك الأخر لاشتراكهما فيه ، الا أن جعل لكل مالهما فينفذ كل ما قدر عليه •

وان شهدا أنه أوصى الى ثالث معهما ردت شهادتهما على الثالث ويدخله الحاكم معهما •

وجاء فى موضع آخر [1] : وعلى الأوصياء

---

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٦ ص ٤٣٢ الطبعة السابقة .

تنفيذ وصية الميت ، والا يفعلوا ما نهاهم عنه فان فعلوا مانهاهم عنه ضمنوا ، وان فعله بعضهم ضمن •

وان غاب أحد الوصيين ولو بعد موت الموصى ، أو جن ، أو حل به مانع من الانفاذ أرتقبه رفيقه ، سواء كان المال بيده أم لا حتى يزول المانع ، وهو القدوم من الغيبة ، أو الافاقة من الجنون ، ونحو ذلك •

وقيل ينفذ نصفه •

وقيل الكل ولا يرتقبه •

وأن جحد أحدهما [1] صاحبه أن يكون خليفة معه ولا بيان للجحود أنفذ المجحود النصف فيما أمكنت قسمته كالكفارة والزكاة ، لا فيما لم تمكن قسمته كالحج والعتق حتى يتفقا ، فانه لا ينفذ الجزء ، فلو أنفذ الكل جاز ، وذلك لأنه عالم بأنه خليفة مع جاحده فساغ له انفاذ نصيبه •

وأن كانوا ثلاثة فصاعدا أنفذ المجحود نصيبه ، ولا ضمان على المجحود وان تلف المال ، لأنه معذور اذا كان مجحودا ولا بينة له الا أن ضيعها فعليه الضمان كجاحده ، ولزم الضمان صاحبه وهو الجاحد •

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٤٣٣ طبع مطبعة يوسف البارونى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ •

ويجوز للمجحود انفاذ الكل أن وصل اليه ، لأن له انفاذ النصف ولم يصل اليه لجحود غيره له ولو ما لا يقبل القسمة كالحج والعتق وانما يمنع من تجزئته فقط على هذا القول ، لا من انفاذه كله •

وان تاب الجاحد لزمه الانفاذ أى نفاذ نصيبه من ماله •

بل قد يقال أنه ينفذ الكل اذا عطل حتى أنفذ الآخر •

وبرىء ان أجاز لصاحبه بعد التوبة فعله ولم يغرمه وان غرمه لما أنفذ من التركة أو لم يضمن له ما أنفذه من ماله لم يبرأ فلينفذ •

رابعا ـ الاشراك فى الوكالة

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : اذا وكل الموكل وكيلين فهل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ؟

أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ، ولو فعل لم يجز حتى يخبر صاحبه ، أو الموكل ، لأن البيع

(٢) انظر كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٦ ص ٣٢ وما بعدها الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة المطبوعات العلمية بمصر .

مما يحتاج فيه الى الرأى ، والموكل انما رضى برأيهما ، لا برأى أحدهما ، واجتماعهما على ذلك ممكن ، فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه •

وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن ، وسواء كان الوكيل الآخر غائبا أو حاضرا الا أن فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ، ولا يقف على الاجازة •

وفى البيع يقف على الاجازة •

وكذلك الوكيلان بالنكاح ، والطلاق على مال ، والعتق على مال ، والخلع ، والكتابة ، وكل عقد فيه بدل هو مال ، لأن كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ، ولم يرض برأى أحدهما بانفراده •

وكذا ما خرج مخرج التمليك بأن قال الرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما ، أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق ، لأنه جعل أمر اليد تمليكا ، ألا ترى أنه يقف على المجلس ، والتمليكات هى التى تختص بالمجلس ، والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال : طلقا امرأتى ان شئتما ، وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه ، لأن المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما ، فكذا هذا •

وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأن قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والأمانة ، وقد فوض الرأى اليهما جميعا لا الى أحدهما ، ورضى بأمانتهما جميعا ، لا بأمانة أحدهما ، فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه ، فيقع فى أيديهما جميعا ، أو يصل الى الموكل ، لأنه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض ، فصار كأنهما قبضاه جميعا ابتداء •

وأما الوكيلان بالطلاق على غير مال ، والعتق على غير مال ، والوكيلان بتسليم الهبة ، ورد الوديعة ، وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ، لأن هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الرأى فكان أضافة التوكيل اليهما تفويضا للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده •

وأما الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة •

وعند زفر لا ينفرد •

وجه قوله أن الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما ، فلا يملكها أحدهما دون الآخر •

وجه قول أصحابنا الثلاثة أن الغرض من الخصومة اعلام القاضى بما يملكه المخاصم واستماعه ، واجتماع الوكيلين على ذلك لا يخل بالاعلام والاستماع ، لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم ، فكان أضافة التوكيل

اليهمـــا تفويضـــا بالخصـــومة الى كل واحـــد منهمـــا ، فأيهمـــا خاصـــم كان تمثيلا ، الا أنه لا يملك أحدهمـــا القبض دون صـــاحبه ، وان كان التـــوكيل بالخصـــومة يملك القبض عنـــدنا ، لأن اجتماعهمـــا على القبض ممكن فلا يكون راضيا بقبض أحدهمـــا بانفراده .

وأمـــا المضـــاربان فـــلا يملك أحدهمـــا التصرف بدون اذن صـــاحبه اجماعا .

وفى الوصيين خـــلاف بين أصـــحابنا نذكره فى كتـــاب الوصـــية والله تعـــالى أعلم .

وهل للوكيل أن يملك الحقوق جملة ؟ الكلام فيـــه أن الموكل به نوعان .

نوع لا حقـــوق له الا ما أقـــر به الموكل كالوكيل بتقـــاضى الـــدين والتوكيل بالملازمة ونحـــوه .

ونوع له حقـــوق كالبيـــع والشراء والنكاح والخلع ونحـــوه .

مذهب المالـــكية :

جاء فى حاشية [1] الدســـوقى والشـــرح الكبير عليـــه : أنه منـــع توكيـــل الوكيل غير المفوض على مـــا وكل فيـــه ، لأن الموكـــل لم يرض الا بأمانتـــه الا أن يـــكون الـــوكيل لا يليق به تولى ما وكل عليـــه بنفسه كوجيه فى حقـــير ، فله التـــوكيل حيث عـــلم الموكل بوجاهتـــه ، أو اشـــتهر الوكيل بهـــا ، والا فليس له التوكيل .

وضـــمن أن وكل لتعـــديه أو الا أن يكثر فهـــو عطف على لا يليق فيوكل من يشـــاركه فى الكثير الذى وكل فيـــه ليعينه عليـــه ، لا أنه يوكل غيره اســـتقلالا .

وحيث جـــاز له التـــوكيل فـــلا ينعـــزل الثـــانى بعـــزل الوكيل الأول ، ولا بموته ، فهو من اضـــافة المصـــدر للمفعـــول .

أى اذا عـــزل الأصـــيل وكيله فـــلا ينعـــزل وكيل الوكيـــل .

وينعـــزل كل منهمـــا بموت الأول وله عـــزل كل منهمـــا .

أمـــا الوكيل المفوض فله التوكيـــل مطلقا .

وجـــاء فى الحطـــاب[2] : أنه يمتنـــع توكيل الوكيل الا اذا كان الشىء الموكل فيـــه لا يليق بالوكيل تعـــاطيه ، فيجـــوز له أن يوكل مـــن يتعاطاه أو يـــكون الموكل فيـــه كثيرا يعـــلم

---

(١) انظر كتـــاب حاشـــية الدســـوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدســـوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعـــلامة المحقق ســـيدى عليش ج ٣ ص ٣٨٨ طبع مطبعة دار احيـــاء الكتب العربية لأصحابهـــا عيسى البـــابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

(٢) انظر كتـــاب مواهب الجليـــل لشـــرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب فى كتـــاب مع التاج والاكليل ج ٥ ص ٢٠١ وما بعدها الطبعة الأولى ســـنة ١٣٢٨ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر .

بقرينة العادة أن الموكل لا يستقل بالتصرف فيه فيجوز له أن يوكل من يعينه •

قال ابن عبد السلام وهذه القرينة تسوغ له الاستعانة ، ولا تسوغ له أن يجعل وكيلا ، أو وكلاء ينظرون فيما كان ينظر فيه ، والقرينة الأولى تسوغ ذلك •

ثم قال ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته ونحوه فى التوضيح •

واعلم أن هذا فى الوكيل المخصوص •

أما المفوض فله التوكيل •

قال ابن الحاجب : الوكيل بالتعيين لا يوكل الا فيما يليق به ولا يستقل لكثرته •

قال فى التوضيح احترز بالتعيين من المفوض ، فان له ان يوكل على المعروف •

وحكى فى البيان قولا أنه لا يوكل •

قال : والأظهر أن له ذلك ، لأن الموكل أحله محل نفسه ، فكان كالوصى •

وكلام ابن رشد الذى أشار اليه فى نوازل عيسى من كتاب الوكالة ونصه : لا اختلاف أحفظه فى أن الوكيل على شىء مخصوص لا يجوز له أن يوكل •

ثم قال وأما الوكيل المفوض اليه فى جميع الأشياء فلا أحفظ فى أنه هل له أن يوكل أولا قولا منصوصا لأحد العلماء المتقدمين •

وكان الشيوخ المتأخرون يختلفون فيها •

والأظهر أن له أن يوكل •

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج[1] : أنه ليس لوكيل أن يوكل بلا اذن ان تأتى منه ما وكل فيه ، لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره ، ولا ضرورة كالمودع لا يودع وشمل كلامه ما لو أراد ارسال ما وكل فى قبضه من دين مع بعض عياله أن فعله خلافا للجوزى •

وعلى رأيه يشترط فى المرسل معه كونه أهلا للتسليم ، بأن يكون رشيدا •

ويؤخذ من تعليلهم منع التوكيل بما ذكر عدم الفرق بين وكلتك فى بيعه ، وفى أن تبيعه ، وهو كذلك كما هو مقتضى اطلاق المصنف •

خلافا للسبكى حيث فرق بينهما فجوز التوكيل مطلقا فى الأول ، دون الثانى •

وان لم يتأت ما وكل فيه منه ، لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل فى العادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه ،

---

(١) انظر كتاب نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين بن شهاب الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى عليه وبهامشه المغربى ج ٥ص٣٨، ص ٣٩ ، ص ٤٠ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

لأن التفـويض لمثـله انمـا يقصـــد بـه الاســتنابة •

ومن ثم لــو كان الموكل جاهلا بحـاله أو اعتقــد خــلاف حاله امتنع توكيله كمـا أفهمه كـلام الرافعى •

وقــال الاســنوى أنه ظــاهر •

ويأتى مثله فى قـوله ولـو كثر الموكل فيـه وعجـز الوكيل عن الاتيان بكله فالمذهب أن يوكل عن موكله فقط ، فلو وكل عن نفســه لم يصـح أو أطلق وقـع عن الموكل فيمـا زاد على الممكن دون غـيره ، لأنه المضـطر اليـه ، بخـلاف الممكن ، أى فى العـادة بأن لا يـكون فيـه كبير مشـقة لا تحتمـل غالبا فيما يظهـر وفى كلام مجلس ما يقـارب ذلك وتزييف مقـابله القـائل بأن المـراد عـدم تصـور القيـام بالكل مع بذل المجهـود ولـو طـرأ العجـز لطـرو نحـو مرض أو سـفر امتنع توكيله كمـا فى المطلب •

وكطـرو العجـز ما لـو جهـل الموكـل حـال توكيـله ذلك كمـا يؤخـذ ممـا مـر آنفـا عن الاسـنوى •

فـان كان التوكيل فى حـال علمـه بسـفره أو مرضـه جـاز له ذلك •

ولـو اذن الموكل فى التوكيل وقـال للوكيل وكل على نفســك ففعـل فالثــانى وكيل الوكيل على الأصـح ، لأنه مقتضى الاذن •

وللموكل عزله أيضـا كمـا أفهمـه جعله وكيل وكيله ، اذ من ملك عـزل الأصـل ملك عـزل فـرعه بالأولى •

وعبـارة المصـنف تفهم ذلك أيضـا فـلا اعتراض عليــه •

والأصـح على الأصـح السـابق أنه أى الثـانى ينعـزل بعـزله أى الأول اياه وانعزاله بنحـو موته أو جنـونه أو عـزل الموكل له ، لأنه نائبه وينعـزل بغير ذلك •

والثـانى لا ينعـزل بذلك بنـاء على أنه وكيل عن الموكل •

وان قال وكل عنى وعـين الوكيـل أو لا ، ففعـل فالثـانى وكيـل المـوكل ، لأنه مقتضى الاذن •

وكذا ان أطلق بأن لم يقـل عنـك ولا عنى فى الأصـــح اذ توكيـله للثـــالث تصرف تعـاطاه باذن المـوكل فوجب وقوعــه عنه •

والثـانى أنه وكيـل الوكيـل ، وكأنه قصـد تسـهيل الأمـر عليـه •

كمـا لو قال الامـام أو القـاضى لنائبه استنب فاسـتناب فهـو نائب عنـه لا عن منيبـه •

وفـرق الأول بأن الوكيـل ناظـر فى حق موكله فحمل الاطـلاق عليـه ، وتصرفات القـاضى للمسـلمين فهـو نائب عنهم ولذا نفـذ حكمه لمستنيبه •

وعليه فالغرض بالاستنابة معاونته وهو راجع له .

قلت وفى هاتين الصورتين ، وهما اذا قال عنى أو أطلق لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله ، لانتفاء كونه وكيلا عنه .

وحيث جوزنا للوكيل التوكيل عنه أو عن الموكل يشترط أن يوكل أمينا كافيا لذلك التصرف ، وان عين له الثمن والمشترى ، اذ شرط الاستنابة عن الغير المصلحة ، الا أن يعين الموكل غيره أى الأمين ، فيتبع تعيينه لأذنه فيه .

نعم لو علم الوكيل فسقه دون موكله لم يوكله فيما يظهر كما بحثه الاسنوى ، كما لا يشترى ما عينه موكله ولم يعلم عيبه والوكيل يعلمه .

فان عين فاسقا فزاد فسقه امتنع توكيله أيضا كما بحثه الزركشى أخذا مما مر فى نظيره فى عدل الرهن لو زاد فسقه

ومحل ما تقرر فيمن وكل عن نفسه .

فان وكل عن غيره كولى لم يوكل الا عدلا .

ومقتضى كلام المصنف عدم توكيل غير الأمين .

وان قال له وكل من شئت وهو كذلك خلافا للسبكى .

وفارق ما لو قالت لوليها : زوجنى ممن شئت حيث جاز له تزويجها من غير كفء بأن المقصود هنا حفظ المال ، وحسن التصرف فيه ، وغير الأمين لا يتأتى منه ذلك وثم مجرد صفة كمال هى الكفاءة وقد يتسامح بتركها ، بل قد يكون غير الكفء أصلح .

ولو وكل الوكيل أمينا فى شىء من الصورتين المتقدمتين ففسق لم يملك الوكيل عزله فى الأصح والله أعلم ، لأنه اذن فى التوكيل دون العزل .

والثانى : نعم ، لأن الاذن فى التوكيل يقتضى توكيل الامناء ، فاذا فسق لم يجز استعماله فيجوز عزله .

وقال صاحب[1] البجرمى ولوكيل توكيل بلا اذن فيما لا يتأتى منه ، لكونه لا يليق به ، أو كونه عاجزا عنه عملا بالعرف ، لأن التفويض لمثل هذا لا يقصد منه عينه ، فلا يوكل العاجز الا فى القدر الذى عجز عنه ، ولا يوكل الوكيل فيما ذكر عن نفسه بل عن موكله .

ولو وكله فيما يطيقه فعجز عنه لمرض أو غيره لم يوكل فيه .

---

(١) انظر كتاب حاشية العلامة البجرمى للشيخ سليمان البجرمى على شرح منهج الطلاب وبهامشه مع الشرح نفائس ولطائف للشيخ المرصفى ج ٣ ص ٥٩ ، ص ٦٠ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٤٥ هـ .

وقضية التعليل المذكور امتناع التوكيل عند جهل الموكل بحاله ، وهو كما قال الاسنوى ظاهر •

أما ما يتأتى منه فلا يصح التوكيل فيه الا لعياله على ما اقتضاه كلام الجوزى •

واذا وكل باذن فالثانى وكيل الموكل ، فلا يعزله الوكيل ، وان فسق ، لأن الموكل اذن له فى التوكيل لا فى العزل ، سواء قال : وكل عنى أم أطلق ، فان قال : وكل عنك ففعل فالثانى وكيل الوكيل ، لأنه مقتضى الاذن ، وينعزل بعزل من أحد الثلاثة وانعزل بما ينعزل به الوكيل •

وحيث جاز له أى للوكيل توكل فليوكل وجوبا أمينا ، رعاية لمصلحة الموكل ، الا أن عين له الموكل المالك غيره أى غير أمين فيتبع تعيينه ، لأن الحق له ، أى ان علم الموكل بفسقه فوكله فزاد فسقه امتنع توكيله أيضا •

قال بعضهم : الا أن كان لو عرض على الموكل لرضيه •

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف[1] القناع : أنه ليس لوكيل توكيل فيما يتولى مثله بنفسه الا باذن موكل ، لأنه لم يأذن له فى التوكيل، ولا تضمنه اذنه لكونه يتولى مثله ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه ، فلم يكن له أن يوليه غيره كالوديعة ، أو يقول الموكل •

وفى نسخة الا أن يقول له أى للوكيل اصنع ما شئت ، أو تصرف كيف شئت فيجوز للوكيل أن يوكل ، لأنه لفظ عام ، فيدخل فى عموم التوكيل •

وان اذن الموكل لوكيله فى التوكيل تعين أن يكون الوكيل الثانى أمينا ، لأنه لاحظ للموكل فى توكيل من ليس أمينا •

وكذا حيث جاز له التوكيل الا مع تعيين الموكل الأول بأن يقول له وكل زيدا فيوكله أمينا كان أو خائنا لأنه قطع نظره بتعيينه له •

فان وكل الوكيل حيث جاز أمينا فصار خائنا فعليه عزله ، لأن تركه يتصرف تضييع وتفريط •

وكذا وصى يوكل فيما أوصى به اليه أى حكمه حكم الوكيل فليس له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ، لأنه متصرف فى مال غيره بالاذن أشبه الوكيل •

---

(٢) انظر كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع للعلامة الشيخ منصوربن ادريس الحنبلى وبهامشه منتهى الارادات للشيخ منصوربنيونس البهوتى ج ٢ ص ٢٣٤ ، ص ٢٣٥ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى •

وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة ٠

قال فى المبدع ويلحق بهذا مضارب وولى ، وكذا حاكم يتولى القضاء فى ناحية فيستنيب غيره ، أى حكمه حكم الوكيل ليس له ذلك فيما يتولى مثله بنفسه ٠

وحيث جازت الاستنابة فله أن يستنيب من غير مذهبه ، ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية وابن حمدان فى الرعاية ٠

وما يعجز عنه الوكيل ونحوه لكثرته له التوكيل فى جميعه ، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز فى جميعه كما لو اذن له فيه لفظا كتوكيله أى كما يجوز للوكيل أن يوكل فيما لا يتولى مثله بنفسه ، أى اذا كان العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدنية فى حق اشراف الناس المرتفعين من فعلها عادة ، فان الاذن ينصرف الى ما جرت به العادة ٠

وقال فى الفروع بعد ذكر المسألة ولعل ظاهر ما سبق يستنيب نائب فى الحج لمرض خلافا لأبى حنيفة والشافعى ، ويكون من وكل من قبل الوكيل وكيل الوكيل ، لأنه قائم مقامه فله عزله ٠

وان قال الموكل للوكيل وكل عنك صح ذلك وكان الثانى وكيل وكيله فينعزل بعزل الوكيل الأول وموته ٠

وان قال الموكل وكل عنى ، أو قال وكل وأطلق بأن لم يقل عنك ولا عنى صح ، وكان الثانى وكيل موكله لا ينعزل بعزل الوكيل له ولا بموته ٠

ولو قال لشخص وكل فلانا عنى فى بيع كذا ، فقال الوكيل الأول للثانى بع هذا ، ولم يشعره أنه وكيل الموكل فقال الشيخ : لا يحتاج الى تبيين آنه وكيله أو وكيل فلان ، ذكره فى الاختيارات ٠

وحيث قلنا ان الوكيل الثانى وكيل الموكل ، فانه ينعزل بعزله وبموته ونحوه كجنونه وحجر عليه ، ولا يملك الوكيل الأول عزله ، لأنه ليس وكيلا عنه ولا ينعزل الوكيل الثانى بموته ونحوه لأنه ليس وكيلا عنه ٠

وحيث قلنا ان الوكيل الثانى وكيل الوكيل فانه ينعزل بعزلهما أو أحدهما وبموتهما أو أحدهما والحجر عليهما أو على أحدهما ونحوه ٠

وكذا قول الموصى لوصيه أوص الى من يكون وصيا له فانه يكون من أوصى اليه الوصى وصيا للموصى الأول ولا يوصى وكيل مطلقا أى سواء اذن له فى التوكيل أولا ٠

مذهب الزيدية :

جـاء فى شرح[1] الأزهار : أنه ليس للوكيل أن يوكل غـيره فيمـا وكل فيـه الا أن يؤذن له فى ذلك ذكره البعض •

وعن أبى جعفـر يجـوز له أن يوكل اذا كان حاضرا ، لأن الثـانى كالمعبر عن الأول ، أو يجـرى العـرف بالتوكيـل كمن وكل زوجتـه بالبيـع والشراء ونحـوه وغـاب عنهـا ، وهى ممن لا تخـرج لحوائجها •

وكذا لو وكل أهـل الرياسـة مـن عادته أن لا يتـولى البيـع بنفسـه فلهمـا أن يوكـلا •

مذهب الاماميـة :

جـاء فى الروضـة البهية[2] : أنه لا يجوز للوكيـل أن يوكل الا مع الاذن صريحـا ، ولو بالتعميم كاصنع ما شئت ، أو فحـوى كاتسـاع متعلقهـا ، بحيث تدل القـرائن على الاذن فيـه ، كالزراعة فى أماكن متباعدة لا تقـوم الا بمسـاعد •

ومثـل الاتسـاع عجـز الوكيـل عن مباشرته وان لم يـكن متسـعا مع علم الموكل به ، وترفـع الوكيـل عمـا وكل فيـه عادة فان توكيله حينئـذ يدل بفحواه على الاذن له فيـه مع عـلم الموكل بترفعـه عن مثله ، والا لم يجـز ، لأنه مسـتفاد من القـرائن ، ومـع جهـل الموكل بحاله ينتفى •

وحيث اذن له فى التوكيـل ، فان صرح له يكون وكيـله وكيـلا عنـه ، أو عن الموكل لزمه حـكم من وكله فينعـزل فى الأولى بانعـزاله ، لأنـه فرعه وبعـزل كل منهمـا لـه •

وفى الثـانى لا ينعـزل الا بعـزل الموكل أو بمـا أبطـل توكيله من الجنون والاغمـاء وان أطلق ففى كونه وكيـلا عنه أو عن الموكل أو نخير الوكيل فى توكيله عن أيهمـا شـاء أوجه وكذا مع اسـتفادته من الفحـوى الا أن كونه هنـا وكيـلا عـن الوكيل أوجه •

أحـدها وكيـل على الوكيـل ، لأن الغـرض من ذلك تسـهيل الأمر عليه •

الثـانى : أن يكون وكيـلا للوكيـل ، لأن التوكيـل تصرف يتـولاه باذن الموكل فيقع عن الموكل •

الثالث : التخيير لصلاحيـة الاتيـان لهما لصـدق وكيـل الوكيـل المـأذون فيـه على التقديرين •

ويستحب أن يكون الوكيل تام البصـيرة فيمـا وكل فيـه ، ليكون مليـا بتحقيق مراد الموكل عارفا باللغـة التى يحـاور

---

(١) انظر كتـاب شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار مع حواشيه للعـلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٢٢٥ الطبعة الثانية طبع مطبعة حجـازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) انظر كتـاب الروضـة البهيـة شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السـعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ٢ ص ١٧ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

بهـا فيمـا وكل فيـه ، ليحصـل الغـرض من توكيـله •

وقيـل ان ذلك واجب وهو مناسب لمعنى الشرط بالنسبة الى الأخير •

مذهب الأباضـية :

جـاء فى شرح النيـل[1] : أنه لا يعقـد وكيـل أو مأمور أو خليفـة دون صـاحبه ان وكـلا معـا ، أو أمرا معـا ، أو استخلفـا معـا على شراء أو بيـع ، وذلك لأنه نزلهمـا منزلة رجل واحد •

وصـفة ذلك أن يقـول : وكلتكمـا معا ، أو وكلتهمـا معـا ، أو أمرتكمـا معـا ، أو أمرتهمـا معـا ، أو استخلفتكمـا معـا ، أو استخلفتهما معا •

أو يسـقط لفظ مع ، ويقـول : جعلتكما أو جعلتهما وكيـلا أو مأمورا أو خليفـة ، أو يقـول بـع أو اشتر أنت وفـلان أو مع فلان ، أو نحـو ذلك ممـا يصرح أو يتبـادر منـه أنه قرنهمـا ، الا أن أجـاز له صـاحبه قبـل ذلك العقـد أو بعـده أو عنـده كذلك •

وجـوز عقـده أى عقـد وكيـل وحـده ولو وكلهمـا معـا وجعلهمـا وكيـلا واحدا ولو أبى الآخر •

وكذا لو باعاه جميعـا مضى فعل السـابق، لأن المراد العقـد وقد وقـع ، ولم يقـل لهمـا لا يبـع أحـدكما أو أحـدهما أو يشـتر الا بحضرة الآخـر ، أو ما يقوم مقام هـذا الكلام •

والأصـل فى الـكلام الكلية لا الـكل فيسـتقل الواحـد بالحكم وهكذا اللغـة وأيضـا همـا كاسمـان واحد •

واذا أمر ثلاثة فصـاعدا ولو وكلهم أو اسـتخلفهم فحـكمهم كـحكم الاثنين وان فرقهمـا •

وحـكم الثلاثة فصـاعدا فى التفـريق حكمهمـا أيضـا •

وصـفة التفـريق أن يجتمـع مع كل واحد وحـده فيقـول له قـد وكلتك أو أمرتك أو استخلفتـك أو يكتب اليـه أو يرسـل اليـه أو يستشـهد على ذلك أو يجتمـع الـكل ، فيقـول لـكل واحـد ذلك على حـدة •

أو يقـول قـد وكلتكما أو أمرتـكما أو استخلفتكما كل واحـد يكفى وحـده •

أو كل منكمـا مأمور أو خليفـة أو وكيل أو نحـو ذلك ممـا يفيـد اسـتقلال كل واحـد بنفسـه جـاز فعـل كل ولو علم كل منهمـا أن الآخـر وكيـل وان بالشراء من صـاحبه للآمر أو الموكل أو المستخلف أو يبيـع ماله أو مـال مـن ناب عنـه غـير الذى نابا عنـه معـا له أى لصـاحبه بنية الموكـل أو الآمـر أو المستخلف كمـا مر فى النـكاح أن لـكل من المـأمورين أن يزوج

---

[1] انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليـل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ج ٤ ص ٧٢٠ ، ص ٧٢١ طبع مطبعة صاحب الامتياز محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

وليتـه غير بنتـه للأمر بواسـطة المأمور الآخـر •

وان باع كل فالأول مشتر ان علم الأول وبطل البيع الثـانى ومن بعـده ، والا وقف المبيـع بأيدى مشتريبـه أو المشترين حتى يتبين وان اتحـد وقتهمـا صح العقـد واشتركا فيـه أو اشتركوا فيـه على الرءوس ويدل على صـحة العقـد الاجبـار على الطـلاق فى صورة النكاح •

خامسا : الاشراك فى الوقف

مذهب الحنفيـة :

جـاء فى الدر[1] المختـار وحاشـية ابن عابدين عليـه : أنه لو ضـم القـاضى للقيم على الوقف ثقـة ، أى ناظـر حسـبة ، هل للأصيل أن يسـتقل بالتصرف ؟ لم أره •

وأفتى الشـيخ أنه ان ضـم اليـه لخيانة لم يسـتقل ، والا فله ذلك ، وهو حسـن •

وفى فتـاوى مؤيد زاده معـزيا للخانيـة وغيرها : ليس للمشرف التصرف ، بل له الحفظ، لأن التصرف فى حال الوقف مفوض الى المتولى كمـا جاء فى الخانية •

قـال ابن عابدين : والظـاهر ان المراد بالحفظ حفظ مال الوقف عنـده •

لكن قال فى الفتح : وهـذا يختلف بحسب العـرف فى المشرف ، ومقتضـاه أنه لو تعورف تصرفه مع المتـولى اعتبر ، ويحتمـل أن يراد بالحفظ مشـارفته للمتـولى عنـد التصرف ، لئـلا يفعـل ما يضر ويؤيده ما ذكروه فى مشرف الوصى •

ففى الخانية قال الامام الفضـلى يكون الوصى أولى بامسـاك المـال ، ولا يكون المشرف وصيا •

وأثـر كونه مشرفا أنه لا يجـوز تصرف الوصى الا بعلمه •

وفى أدب الأوصياء يفتى بقول الفضـلى • والوقف يستقى من الوصية •

وعن هـذا أفتى فى الحـامدية بأنه ليس للمتـولى التصرف فى أمور الوقف بدون اذن المشرف واطلاعه •

وفى الخيرية ان كان الناظر بمعنى المشرف فقـد صرحوا بأن الوصى لا يتصرف الا بعلم المشرف •

وفى الخيرية أيضـا : سـئل فى وقف له ناظر ومتول : هل لأحدهمـا التصرف بلا علم الآخر ؟ أجاب بأنه لا يجـوز ، والقيم والمتولى والناظر فى كلامهم بمعنى واحد •

قال ابن عابدين : هذا ظاهر عند الأفراد •

أما لو شرط الواقف متوليـا وناظرا عليـه كمـا يقـع كثيرا فيراد بالنـاظر المشرف •

(1) انظـر كتاب الدر المختـار شرح تنوير الأبصـار على رد المحتـار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٤ الطبعة الثانية طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ •

وعن هذا أجيب فى حادثة بأنه ليس للمتولى الايجار بلا علم الناظر ، خلافا لما فى الفتاوى الرحيمية من أنه لو أجر المتولى اجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته ، لأنه فى معنى المشرف .

وأفتى فى الاسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولى ، الا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف ، وفيه نظر ، اذ لو نصبه القاضى ناظرا على المتولى لثبوت خيانته، لم يستقل المتولى بالتصرف ، ومثله ما لو نصبه عليه للطعن فى أمانته .

وجاء فى البحر الرائق[1] بأنه لو جعل الواقف نظارة الوقف ، لرجلين ، فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر ، ضم القاضى الى من قبل رجلا ، أو فوض للذى قبل بمفرده .

ولو جعلها لفلان الى أن يدرك ولدى ، فاذا أدرك كان شريكا له لا يجوز ما جعله لابنه فى رواية الحسن .

وقال أبو يوسف رحمهما الله تعالى : يجوز ولو نصب متوليا على وقفه ، ثم وقف وقفا آخر ولم يجعل له متوليا لا يكون متولى الأول متوليا على الثانى ، الا بأن يقول أنت وصى .

ولو وقف أرضين وجعل لكل منهما متوليا فلا يشارك أحدهما الآخر .

ولو جعل ولاية وقفه لرجل ، ثم جعل رجلا آخر وصيه يكون شريكا للمتولى فى أمر الوقف الا أن يقول وقفت أرضى على كذا وكذا ، وجعلت ولايتها لفلان ، وجعلت فلانا وصيا فى تركتى ، وجميع أمورى فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض اليه ، كذا فى الاسعاف ، ومنه يعلم جواب حادثه وجد مكتوبان ، شهد أحدهما بأن المتولى فلان وشهد الآخر بأن المتولى رجل غيره ، والثانى متأخر التاريخ فأجبت بأنهما يشتركان ولا يقال ان الثانى ناسخ كما تقدم عن الخصاف فى الشرائط لأننا نقول ان التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط ، لأن له فيها التفسير والتبديل كلما بذله من غير شرط فى عقدة الواقف على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وجاء فى موضع آخر من البحر الرائق[2] أيضا : أنه لو وقف على ولده فأقر بأنه عليه وعلى زيد عمل باقراره ما دام حيا ، حملا على أن الواقف رجع عن اختصاصه وأشرك معه زيدا .

وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين [3]

---

(١) انظر كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام الشيخ مولانا زين الدين الشهير بابن نجيم المتوفى المصرى الأفريقى وبهامشه حواشى منحة الخالق للعلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٢) انظر من كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٤٣ الطبعة السابقة .

(٣) انظر كتاب الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٧ وما بعدها الطبعة السابقة .

عليه : أنه لو قال الواقف وقفت على بنى وله بنون وبنات يدخل فيه البنات .

ولو وقف على ذريته يدخل أولاد البنين وأولاد البنات .

وفى الدر المختار : لو وقف على أولاده ، ثم على أولاد أولاد له فقالوا : لا يدخل فى هذا أولاد البنت .

وقال ابن عابدين : المفتى به عدم دخول أولاد البنات فى الأولاد مطلقا ، أى سواء قال على أولادى بلفظ الجمع ، أو بلفظ الجنس كولدى .

وفى الفتح : لو ضم الى الولد ولد الولد، فقال : على ولدى وولد ولدى اشترك الصلبيون وأولاد بنيه ، وأولاد بناته ، كذا اختاره هلال والخصاف وصححه فى الخانية .

وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال : لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا .

وانما روى[1] عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد ، فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم ، وان لم يكن له ولد لصلبه ، بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث ، كان لأولاد الذكور دون أولاد الاناث

(١) انظر كتاب الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٨ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : أنه لو وقف على ذريته مرتبا وجعل من شرطه أن من مات قبل استحقاقه وله ولد قام مقامه ، ولو بقى حيا فهل له حظ أبيه لو كان حيا ، ويشارك الطبقة الأولى أولا يشارك .

أفتى السبكى بالمشاركة .

وخالفه السيوطى .

وهذه المخالفة واجبة كما أفاده ابن نجيم فى الاشباه من القاعدة التاسعة لكنه ذكر بعد ورقتين أن بعضهم يعبر بين الطبقات بثم وبعضهم يعبر بالواو فبالواو يشارك بخلاف ثم .

ثم قال[2] : أنه لو وقف على أولاده وقيد بفقرائهم يعتبر الفقر وقت وجود الغلة ، وهو المجوز لأخذ الزكاة فلو تأخر صرفها سنين لعارض فافتقر الغنى ، واستغنى الفقير شارك المفتقر وقت القسمة الفقير وقت وجود الغلة .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح[3]

(٢) المرجع السابق وحاشية ابن عابدين عليه ج ٣ ص ٤٥٣ الطبعة السابقة .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش ج ٤ ص ٨٦ وما بعدها طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

الكبير : أنه ان ضاق الحبس الراجع عن الكفاية فى الغلة الناشئة عنه قدم البنات، أى على الاخوة لا على الابن ، ومعنى قدم اختصصن بما يغنيهن ، لا ايثارهن بالجمع ، ولو زاد على ما يغنيهن قال ابن هارون : المشهور ان البنت ان كانت مساوية للعاصب شاركته فى السعة والضيق .

وان كانت أقرب منه قدمت عليه فى الضيق .

وان كانت أبعد منه قدم العاصب عليها فى السعة والضيق .

فلو قال المصنف قدم الأقرب من الاناث لكان أشمل وأقرب للصواب لتناوله نحو الأخت مع ابن الأخ وأفادته الاشتراك مع التساوى .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[١] : أن النظر فى الوقف الى من شرطه الواقف ، لأن الصحابه رضى الله تعالى عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر فجعل عمر رضى الله تعالى عنه الى حفصة رضى الله تعالى عنها ، واذا توفيت فانه الى ذوى الرأى من أهلها ، ولأن سبيله الى شرطه فكان النظر الى من شرطه .

وان وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه

أحدها : أنه الى الواقف ، لأنه كان النظر اليه فاذا لم يشرطه بقى على نظره .

والثانى : أنه للموقوف عليه ، لأن الغلة له فكان النظر اليه ،

والثالث : الى الحاكم ، لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل اليه فكان الحاكم أولى .

فان جعل الواقف النظر الى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل الا واحد ضم الحاكم اليه آخر ، لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

وجاء فى موضع آخر من المهذب[٢] : أنه ان قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى ، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه ، فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فان انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدا .

وان وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو اسحاق يدخل فيه ، لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ،

---

(١) انظر كتاب المهذب للامام ابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزبادى الشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ج ١ ص ٤٤٥ ، ص ٤٤٦ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٢٧٦ هـ .

(٢) المرجع السابق لأبى اسحاق الفيروزبادى الشيرازى ج ١ ص ٤٤٤ الطبعة السابقة .

ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا ينقضى به العدة •

والمذهب الأول ، لأن الوقف على ولده ، وباللعان قد بان أنه ليس بولده فلم يدخل فيه •

وان وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده •

فان قال على نسلى أو عقبى أو ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعدوا ، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ولهذا قال الله تبارك وتعالى « ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين[1] ، وزكريا ويحيى وعيسى[2] » فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب اليه بالأم •

فان وقف على عترته فقد قال ابن الاعرابى وثعلب هم ذريته •

وقال القتيبى هم عشيرته :

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون اليه •

وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل ، لأنا لا نعلم أنه من البنين •

فان وقف على البنات لم يدخل فيه لأنا لا نعلم أنه من البنات •

فان وقف على البنين والبنات ففيه وجهان •

أحدهما : أنه لا يدخل فيه ، لأنه ليس من البنين ، ولا من البنات •

والثانى أنه يدخل ، لأنه لا يخلو من أن يكون ابنا أو بنتا •

وان أشكل علينا فان وقف على بنى زيد لم يدخل فيه بناته •

فان وقف على بنى تميم وقلنا ان الوقف صحيح ففيه وجهان •

أحدهما لا يدخل فيه البنات ، لأن البنين اسم للذكور حقيقة •

والثانى يدخلن فيه ، لأنه اذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب اليها من الرجال والنساء •

وان قال وقفت على أولادى ، فان انقرض أولادى وأولاد أولادى ، فعلى الفقراء ، لم يدخل فيه ولد الولد ، ويكون هذا وقفا منقطع الوسط ، فيكون على قولين ، كالوقف المنقطع الانتهاء •

ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب ، لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب •

---

(١) الآية رقم ٨٤ من سورة الأنعام .
(٢) الآية رقم ٨٥ من سورة الأنعام .

والصحيح هو الأول ، لأنه لم يشرط شيئا ، وانما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم •

وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فان كان للواقف أب يعرف به وينسب اليه ، دخل فى وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب ولا يدخل فيه من ينسب الى أخى الأب أو أبيه •

فان وقف الشافعى رحمه الله تعالى بأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع ابن السائب ، لأنهم يعرفون بقرابته ولايدخل فيه من ينسب الى على وعباس ابن السائب ولا من ينسب الى السائب ، لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه ، ويستوى فيه الذكر والأنثى لتساوى الجميع فى القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه •

وذكر البويطى : أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى ، لأنه لا خلاف أنه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده •

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير على المغنى(١) : أنه متى كان النظر للموقوف عليه ، اما بجعل الواقف النظر له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، أو كان واحدا مكلفا رشيدا، فهو أحق بذلك رجلا كان أو امرأة ، عدلا ذلك كان أو فاسقا ، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك فى هذه الأحوال ، كملكه المطلق •

ويحتمل أن يضم الى الفاسق أمين ، حفظا لأصل الوقف عن البيع والتضييع •

وان كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع ، لكل انسان فى حصته ، فان كان الموقوف عليه صغيرا أو مجنونا أو سفيها قام وليه فى النظر مقامه كملكه المطلق •

وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم ، لم يجز أن يكون الا أمينا لم تصح ولايته ان كان من الحاكم وأزيلت يده •

وان ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلا ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين •

ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينعزل اذا فسق ، لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته ، فان يده تزال ، لأن مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه •

---

(١) الشرح الكبير على متن المقنع لشيخ الاسلام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الامام أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسى ج ٦ ص ٢١٣ ، ص ٢١٤ طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤١ هـ الطبعة الأولى والمغنى لشيخ الاسلام موفق الدين أبى محمد عبد الله ابن محمد بن قدامة على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٦ ص ٢٤٣ ، ص ٢٤٣ الطبعة السابقة ويليه الشرح الكبير .

وجـاء فى كشـاف القنـاع[1] : أن كانت ولاية النـاظر من واقف وهو أى النـاظر • فاسـق حـال الولاية ، أو عـدل ففسـق صـح كونه ناظرا ، وضم اليـه أمين سـواء كان أجنبيـا أو بعض الموقوف عليهم جمعـا بين الحـق •

ثم قال[2] : ولا نظر لحـاكم مع ناظر خاص لكن للحـاكم النظر العـام ، فيعترض عليـه أى على النـاظر الخـاص أن فعـل النـاظر الخاص مالا يسـوغ لـه فعـله لعمـوم ولايتـه •

وللحـاكم ضم أمين الى النـاظر الخـاص مع تفريطه أو تهمته ، ليحصـل المقصـود من حفظ الوقت •

والظـاهر أن الأول يرجـع الى رأى الثانى، ولا يتصرف الا بأذنه ، ليحصـل الغرض من نصـبه وكذا اذا ضم الى ضعيف قوى معـاون له فلا يزال يـد الأول عن المـال ولا نظره وهو الأول ، هـو النـاظر دون الثـانى هـذا قيـاس ما ذكره فى الموصى لـه •

وجـاء فى المغنى لابن قدامه[3] : أنه اذا وقف على قـوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القـوم وأولادهم ومن حيث نسلهم على سـبيل الاشـتراك ان لم تقترن به قرينـة تقتضى ترتيبـا ، لأن الواو تقتضى الاشـتراك ، فـاذا اجتمعـوا اشتركوا ولم يقـدم بعضهم على بعض ، ويشـارك الآخر الأول ، وان كان من البطـن العـاشر •

واذا حـدث حمـل لم يشـارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حمـلا فلا يثبت له حكم الولـد قبـل انفصـاله •

ثم قـال[4] : ان قـال الواقف وقفت على أولادى أو ولـدى ، وليس له ولـد من صلبه ، أو قـال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم، أو قـال فـاذا خلت الأرض من عقبى عـاد الى المسـاكين ، أو قـال على ولدى غير ولـد البنـات ، أو غير ولـد فلان ، أو قـال يفضل البطن الأعلى على الثـانى ، أو قال الأعـلى فالأعلى وأشـباه ذلك فهـذا يصرف لفظه الى جميـع نسـله وعاقبتـه ، وان اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصـلبه بالوقف مثـل أن يقول : على ولدى لصـلبى أو الذين يلوننى ونحـو هذا ، فـانه يختص بالبطن الأول دون غيرهم •

واذا قلنـا بالتعميم فيهم أما للقرينـة واما لقولنـا بأن المطلق يقتضى التعميم ولم يكن فى لفظـه ما يقتضى تشريكا ولا ترتيبا ، احتمـل أن يكون بينهم كلهم على التشريك، لأنهم دخلوا

---

(١) انظر كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع للعـلامة الشيخ منصـور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصور ابن يونس البهوتى ج ٢ ص ٤٥٨ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى •

(٢) المرجع السابق ومنتهى الارادات عليـه ج ٢ ص ٢٥٩ الطبعة السابقة .

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٩٧ .

(٤) المرجع السابق لابن قدامه المقدسى ج ٦ ص ١٩٩ ، ص ٢٠٠ الطبعه السابقة .

فى اللفظ دخولا واحـدا فوجب أن يكون بينهم مشتركا كمـا لو أقر لهم بدين .

ويحتمـل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب فى المـيراث .

وجـاء فى موضـع آخـر من المغنى[1] : أنه ان رتب بعضـهم دون بعض فقال : وقفت على ولـدى وولـد ولدى ثم على أولادهم أو على أولادى ، ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولادهم وأولاد أولادهم مـا تناسلوا ، فهو على ما قال يشـترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمـع والتشريك وترتيب من رتبـه بحـرف الترتيب .

ففى المسألة الأولى يشـترك الولد وولد الولد ، ثم اذا انقرضـوا صـار لمن بعدهم .

وفى الثـانية يختص به الولـد فاذا انقرضوا صـار مشتركا بين من بعـدهم .

وفى الثـالثة : يشـترك فيـه البطنـان الأولان دون غيرهم فـاذا انقرضـوا اشترك فيه من بعدهم .

ثم قال[2] : أنه اذا وقف على أولاد رجـل وأولاد أولاده اسـتوى فيـه الذكر والأنثى لأنه تشريك بينهم واطـلاق التشريك يقتضى التسـوية كمـا لو أقر لهم بشىء وكولد الأم فى المـيراث حين شرك الله تبـارك وتعـالى بينهم فيه فقـال عز وجل « فهم شركاء فى الثلث[3] » تسـاووا فيه ولم يفضـل بعضهم على بعض ، وليس كذلك فى ميراث ولد الأبوين وولد الأب فـان الله تبـارك وتعـالى قـال « فان كانوا[4] اخـوة رجـالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » ولا أعلم فى ذلك خلافـا .

ثم قال[5] : والمستحب أن يقسـم الوقف على أولاده عـلى حسب قسـمة الله تبـارك وتعـالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين.

وقال القاضى رحمـه الله تعـالى المستحب التسوية بين الذكر والأنثى ، لأن القصـد القربة على وجه الدوام ، وقـد اسـتووا فى القرابة لنـا أنه ايصـال للمـال اليهم ، فينبغى أن يكون بينهم عـلى حسب المـيراث كالعطية .

مذهب الظـاهرية :

قال ابن حزم الظاهرى[6] : ومن حبس على عقبـه وعلى عقب عقبـه أو على زيد وعقبه ، فـانه يدخـل فى ذلك البنـات والبنـون ، ولا يدخل فى ذلك بنو البنـات اذا كانوا ممن لايخرج بنسب آبائه الى المحبس،لقول الرسول

(١) المغنى لابن قدامه المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٦ ص ٢٠١ الطبعة السابقة .
(٢) المرجع السـابق والشرح الكبير عليـه ج ٦ ص ٢٠٨ الطبعة السابقة .

(٣) الآية رقم ٦٢ من سورة النساء .
(٤) الاية رقم ١٧٦ من سورة النساء .
(٥) المغنى لابن قدامة المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٦ ص ٢٠٩ ، ص ٢١٠ الطبعة السابقة .
(٦) المحلى للامام محمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١٨٣ مسألة رقم ١٦٥٦ طبع مطبعة ادارة الطبـاعة المنـيرية بمصر سـنة ١٣٥٠ هـ الطبعة الأولى .

صلى الله عليه وسلم « انما بنو هاشم وبنو عبد المطلب شيء واحد » وأعطاهم من سهم ذى القربى ولم يعط عثمان ولا غيره وجدة عثمان بنت عبد المطلب ، فلم يدخل فى بنى هاشم اذ لم يخرج بنسب أبيه اليه وان خرجا بنسب أمه اليه وهى أروى بنت البيضاء بن عبد المطلب وأعطى العباس وأمه نمرية .

مذهب الزيدية :

جاء فى[1] التاج المذهب : أنه لا يجوز لذى الولاية الكبرى ، كالامام والحاكم أن يعترضا من مر ممن له ولاية الوقف من واقف أو منصوبه أو موقوف عليه معين مهما قام بواجبه ، الا لخيانة تظهر منهم فيعزلون للخيانة ، فالخيانة من المتولى تكون بأخذ بعض الغلة ان لم يكن مصرفا ، وان كان مصرفا فبان يستهلك الغلة مع حاجة الوقف اليها ، أو يحاول بيع الوقف أو رهنه أو يكون المتولى غير خائن ، الا أنه ربما عجز عن القيام بما يتوجه عليه ، لكثرة ما تولاه ، أو يكون غير بصير أولا معرفة له ، فان الامام والحاكم يعترضان له « باعانة » أى اقامة من يعينه ، أو يكون وكيلا لا وليا ولا يعزلان المتولى .

وجاء فى موضع آخر من التاج المذهب[2] : أن من وقف على مصرفين أو أكثر فهو على وجوه ثلاثة :

منها أن يشرك بينهما فان كانت القربة حاصلة فيها كلها صح الوقف عليها وقسمت منافعه بينها على عددها وان كانت القربة حاصلة فى بعضها دون بعض كمسجد وكنيسة صحت حصة ما فيه قربة وبطلت حصة ما لا قربة فيه ويبقى ملكا للواقف .

ثم قال[3] : الوقف على الأولاد وأولاد الأولاد بالفاء ، أو بثم أو بالواو على الصحيح ، أو بطنا بعد بطن أو نحو ذلك يدخل فى الوقف أولاد البنات اذ هم من أولاد أولاده ، لا اذا قال على أولاد صلبه ، لم يدخلوا فى ذلك ، اذ هم من صلب غيره ، فاقتضى العرف خروجهم .

مذهب الامامية :

جاء فى اللمعة الدمشقية[4] : أنه يصح الاقباض وهو تسليط الواقف للقابض عليه .

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٣٢٠ وهامشه الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ .

(٢) المرجع السابق لأحمد بن قاسم العنسي اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٢٨٦ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب لأحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى ج ٣ ص ٢٨٩ الطبعة السابقة .

(٤) انظر منشورات جامعة النجف الدينية اللمعة الدمشقية للشهيد محمد جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ١٧٠ ، ص ١٧١ ، ص ١٧٢ وهامشها طبع مطبعة الآداب فى النجف الأشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، وسنة ١٩٦٧ م .

فالمعنى أنه يشترط فى الوقف الاقباض : أى اقباض الواقف الملك للموقوف عليـه ، وتسليطه عليـه ، ورفع يده عن الملك الموقوف عليـه ، وقـد يغـاير الاقبـاض الاذن فى القبض — مقصـوده رحمـة الله تعـالى أن القبض مع الاذن يغـاير الاقبـاض ، لأنه قـد يأذن الواقف فى القبض لكنـه لم يسـلمه اليـه فيقبضه الموقوف عليه من الخـارج ، فقد جعل القبـض عن اذن الواقف من دون اقبـاض ، وقـد يحصـل الاقبـاض والتسـليم وهـو تسـليط الواقف الموقوف عليـه على الوقف واخراجه عن يده ويلزمه الاذن فى القبض — الذى اعتبر سـابقا بأن يأذن فيـه ، ولا يرفع يـده عنـه ، واخـراجه عـن نفسـه ، فلـو وقف علـى نفسـه بطـل وان عقبه بمـا يصح الوقف عليه ، لأنه حينئذ منقطع الأول ، وقد عرفت أن الوقف على منقطع الأول باطـل ، لتنزيله منزلة المعدوم •

وكذا لو شرط لنفسـه الخيـار فى نقضـه متى شـاء أو فى مدة معينـة — أى يبطـل الوقف فى الصـورتين — نعم لو وقفـه على قبيل هو منهم ابتـداء أو صـار منهم شـارك، كما لو وقف ملكا على طلبة العلم ، ولم يكن هو منهم حـال الوقف ، ثم صـار منهم فحينئذ يشـاركهم فى الوقف — أو شرط عوده اليـه عنـد الحـاجة ، فالمروى والمشـهور اتبـاع شرطه — أى رجـوع الوقف اليـه عنـد الحـاجة يتبـع شرطه فـاذا شرط الرجـوع اليه عنـد الحـاجة رجـع اليـه — ، ويعتبر حينئذ عود الوقف اليه عنـد الحـاجة قصـور مالـه عن مؤنة سنة فيعود عندهـا ، ويورث الوقف عن الواقف ويكون ارثا عنـه لو مات وان كان موته قبـل الحـاجة •

ولو شرط أكل أهله منـه صـح الشرط ، كمـا فعـل النبى صـلى الله عليه وآله وسلم بوقفه وكذلك فاطمـة عليها السـلام ، ولا يقدح كونهم واجبى النفقـة فتسقط نفقتهم ، ان اكتفوا بالوقف هذا اذا كان واجبـو النفقة غير زوجته ، وأما هى فلا تسقط نفقتهـا عن الزوج وان اكتفت بالوقف •

ولو وقف عـلى نفسـه وغـيره صـح فى نصفه على الأقوى ان اتحـد ، وان تعـدد فبحسبه ان كان الموقوف عليهم مع الواقف خمسا مثـلا ، فيصـح الوقف فى أربعـة أخماسـه ، ويبطل خمسـه وهـكذا ، فلو كانوا جمعـا كالفقراء بطل فى ربعـه ، لأن أقل الجمـع ثلاثة فيخـرج من أهـل الوقف ثلاثة سـهام ، ويبقى سـهم واحـد ، وهـو المعبـر عنـه بالربع فيبطل بالنسـبة اليـه ، ويصح فى البـاقى ويحتمل النصف ، لأن المفروض أن الجمـاعة بمنزلة الواحـد وهو واحـد أيضـا فالمجموع نصـفان نصف للفقراء ونصف له ، فالوقف بالنسبة الى الفقراء صحيح وبالنسـبة اليه باطل ، والبطلان رأسـا أى لا يصـح الوقف لا عليـه ولا على الفقراء •

وجاء فى موضـع آخـر من اللمعة[1] : أنه اذا وقف على أولاده اشـترك أولاد البنين

---

(١) المرجـع السابق لابن جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ١٨٤ الطبعة السابقة .

والبنــات ، لاســتعمال الأولاد فيمــا يشــمل أولادهم استعمالا شــائعا لغــة وشرعــا ، كقول الله تبــارك وتعــالى « يا بنى آدم[١] » « يا بنــى اسرائيه[٢] » « يوصــيكم الله فى أولادكم[٣] » وللاجماع على تحريم حليلة ولد الولد ذكرا وأنثى من قول الله سبحانه وتعــالى « وحلائل أبنائكم » ، ولقول رسول الله صلى الله عليــه وآله وســلم « لا تزرموا ابنى » يعنى الحســن ، أى لا تقطعــوا عليــه بوله لمــا بال فى حجــره •

والأصــل فى الاستعمال الحقيقــة •

وهذا الاستعمال كمــا دل على دخــول أولاد الأولاد فى الأولاد ، دل على دخول أولاد الاناث أيضــا ، وهــذا أحــد القولين فى المسألة •

وقيــل[٤] : لا يدخل أولاد الأولاد مطلقــا فى اسم الأولاد ــ لا أولاد البنــين ولا أولاد البنــات ــ لعــدم فهمــه عنــد الاطــلاق ولصــحة الســلب فيقال : فى ولد الولــد ليس ولدى بل ولد ولدى •

وأجــاب المصنف فى الشرح عن الأدلــة الدالــة على الدخــول بأنه ثم من دليل خارج، وبأن اسم الولــد لو كان شــاملا للجميــع ــ أى الأولاد من الصــلب وأولادهم ــ لــزم الاشــتراك وان عورض بلزوم المجــاز فهــو أولى ــ أى لو قيــل : بأنه لا شــك من جواز استعمال الولد فى أولاد الأولاد فاذن يــدور الأمر بين الاشــتراك والمجــاز ــ وهــذا أظهر ــ أى القول الثــانى وهو : منــع دخول أولاد الأولاد مطلقــا فى الأولاد ــ نعم لو دلت قرينة على دخولهم كقوله الأعلى فالأعلى ــ أى لو قــال وقفت على أولادى الأعلى فالأعــلى فيدخل من دلت عليــه القرينــة ــ اتجه دخول من دلت عليــه •

ومن خــالف فى دخولهم كالفاضــلين فرضوا المســألة فيمــا لو وقف على أولاد أولاده ، فــانه حينئــذ يدخــل أولاد البنين والبنــات بغير أشكال •

وعلى تقــدير دخولهم بوجــه فاشــتراكهم بالســوية ، لأن ذلك مقتضى الاطــلاق •

والأصــل عــدم التفاضــل « الا أن يفضل» بالتصريح أو بقوله على كتــاب الله ونحــوه •

ولو قــال على من انتسب الى لم يدخــل أولاد البنــات على أشــهر القولين عمــلا بدلالة اللغــة والعــرف والاستعمال •

---

(١) الآية رقم ٢٦ من سورة الأعراف .
(٢) الآية رقم ٤٠ من سورة البقرة .
(٣) الآية رقم ١١ من سورة النساء .
(٤) انظــر كتــاب اللمعة الدمشقية للشهيد الســعيد محمد جمال الدين مكى العــاملى من منشورات جامعة النجف الدينية ج ٣ ص ١٨٥ ، ص ١٨٦ طبع مطبعة الآداب فى النجــف الأشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، سنة ١٩٦٧ م .

الأعـــلام

روعى فى ترتيب الأعلام أن تكون مجردة عن ابن وأب وأم وأل التعريف .

وما نشر من الأعلام بالأجزاء السـابقة اكتفينا هنا بالاشارة الى موضعه فيها .

بسم الله الرحمن الرحيم

حـرف الألف

ابراهيم : انظر جـ ٤ ص ٣٥٩
الأثرم : انظر جـ ١ ص ٢٤٧
ابن الأثير : انظر جـ ١ ص ٢٤٧
الأجهورى : انظر على الأجهورى جـ ٣ ص ٣٣٥
أحمد : انظر ابن حنبل جـ ١ ص ٢٥٥
ابن ادريس : انظر جـ ٢ ص ٣٤٣
الأذرعى : انظر جـ ١ ص ٢٤٨
أروى بنت البيضاء بن عبد المطلب توفيت سنة ١٥ هـ : أروى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب ابن عبد شمس العبشمية والدة عثمان ابن عفان واسم أمها البيضاء بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرها ابن أبى عاصم فى الوحدان واخرج هو والحاكم من طريق فيها ضعف عن الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس قال اسلمت أم عثمان وأم طلحة وأم عمار وأم أبى بكر وأم الزبير وأم عبد الرحمن بن عوف قال ابن مندة ماتت فى خلافة عثمان بن عفان ولا يعرف لها حديث قال ابن سعد تزوجها عفان ابن أبى العاص فولدت له عثمان وآمنة ثم تزوجها عقبة بن أبى معيط فولدت له الوليد وعمارة وخالدا وأم كلثوم وأم حكيم وهندا واسلمت أروى وهاجرت بعد ابنتها أم كلثوم وبايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تزل بالمدينة حتى ماتت ووجد بخط البحترى : توفيت أم عثمان ولها تسعون سنة فحمل عثمان سريرها وصلى عليها واخرج ابن سعد بسند فيه الواقدى الى عبد الله بن حنظلة بن الراهب شهدت أم عثمان يوم ماتت فدفنها ابنها بالبقيع ورجع وقد صلى الناس فصلى وحده وصليت الى جنبه فسمعته وهو ساجد يقول اللهم ارحم أمى اللهم اغفر لأمى وذلك فى خلافته ومن طريق عيسى بن طلحة رأيت عثمان حمل سرير أمه بين العمودين من دار غطيش فلم يزل حتى وضعها بموضع الجنائز قال ورأيته بعد أن دفنها قائما على قبرها يدعو لها .

الأزجى : انظر جـ ٨ ص ٣٦٩
أبو اسحاق : انظر جـ ٣ ص ٣٣٥
اسحاق بن راهوية : انظر ابن راهوية جـ ٢ ص ٣٥١
اسحاق بن عمار : انظر جـ ٧ ص ٣٧٦
الاسنوى : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
أشهب : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
ابن الاعرابى انظر جـ ٤ ص ٣٦٠
امام الحرمين : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
أيوب السختيانى : انظر جـ ٥ ص ٣٦٤
أبو أيوب الأنصارى : انظر جـ ٣ ص ٣٣٧

حـرف البـاء

الباجى : انظر جـ ١ ص ٢٥٠
البرادى : عماد اسرة البرادى أبو الفضل أبو القاسم بن ابراهيم البرادى وقد نشأ فى جبل دمر من الجنوب التونسى ودرس على بقية المشايخ هنالك فى أول أمره حتى ثقف لسانه وصلب عوده وازداد عطشه الى العلم وظمأه الى المعرفة فانتقل من جبال دمر الى جزيرة جربة فالتحق بمدرسة علامة زمانه الشيخ يعيش الجربى فدرس عنده ما شاء الله ثم تاقت نفسه الى المزيد

فارتحل الى جبل نفوسه والتحق بمدرسة الامام الكبير أبى ساكن عامر بن على الشماخى وواصل هناك دراسته حتى أصبح علما من الأعلام واماما من الأئمة وقد تصدى للتأليف والتدريس والفتوى والفصل فى مشاكل الناس والقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والتنديد بالظالمين والمنحرفين ولقد أتت جهوده العلمية أحسن الثمرات فتخرج على يده عدد غير قليل من الأعلام وكان بارزا فى المذهب الاباضى فقد ألف فى الحدود الشرعية رسالة قيمة وألف كتاب الجواهر المنتقاة فيما أخل به كتاب الطبقات وهو تصدير مطول أو جزء أول لكتاب الطبقات لأبى العباس الدرجينى .

البجرمى : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

بريرة : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

البساطى : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

بشر : انظر جـ ٤ ص ٣٦١

البغوى : انظر جـ ٢ ص ٣٤٥

بكر بن محمد : بكر بن محمد النسائى الأصل أبو أحمد البغدادى المنشأ فقيه حنبلى ، ذكره‌أبوبكر الخلال فقال : كان أبو عبدالله يقدمه ويكرمه وعنده مسائل كثيرة سمعها من أبى عبد الله ، منها قال سألت أبا عبد الله عن رجل استشهدنى على شهادة ، وهو يبيع بالربا ثم جاءنى فقال : تعال اشهد عند السلطان ؟ قال : لا تشهد له ، اذا كان معاملته بالربا .

أبو بكر الخلال : انظر الخلال جـ ١ ص ٢٥٦

أبو بكر الاسكافى : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

أبو بكر الصديق : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

البلقينى : انظر جـ ٢ ص ٣٤٦

البويطى : انظر جـ ٨ ص ٣٧١

الشيخ بهرام : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

البيهقى : انظر جـ ١ ص ٢٥١

حرف التاء

التتائى : انظر جـ ٨ ص ٣٧١

الترمذى : انظر جـ ١ ص ٢٥١

تقى الدين أنظر ابن تيمية جـ ١ ص ٢٥١

تميم الدارى : انظر جـ ٣ ص ٣٣٨

ابن تيمية : انظر جـ ١ ص ٢٥١

حرف الثاء

ثعلب : انظر جـ ٤ ص ٣٦١

الثقفى توفى سنة ١٣ هـ : أبو عبيد بن مسعود الثقفى : قائد من الشجعان أمره عمر ابن الخطاب على الجيش الزاحف الى العراق لقتال الفرس ، وهو أول جيش سيره عمر ، وفى الكامل لابن الأثير خبر طويل عما صنعه فى غارته على بلاد فارس قتل فى وقعة الجسر وهو والد المختار الثقفى

الثورى : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

أبو ثور : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

حرف الجيم

جابر : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

جابر بن زيد : انظر جـ ٣ ص ٣٣٩

جابر بن عبد الله : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

جعفر بن أبى طالب : انظر جـ ٢ ص ٣٤٧

أبو جعفر : انظر جـ ٢ ص ٣٤٧

أبو جعفر الناصر : انظر جـ ١ ص ٣٨٧

أبو جعفر الطوسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥

الجورى : على بن الحسين ، القاضى أبو الحسن الجورى بضم الجيم ثم الواو الساكنة ثم الراء بلدة من فارس أحد الأئمة من أصحاب الوجوه لقى أبا بكر النيسابورى وحدث عنه وعن جماعة ومن تصانيفه كتاب المرشد فى شرح مختصر المزنى أكثر عنه ابن الرفعة والوالد رحمهما الله تعالى ، النقل ولم يطلع عليه الرافعى ولا النووى رحمهما الله تعالى وقد أكثر فيه من ذكر أبى على بن أبى هريرة وأضرابه وذكر ابن الصلاح أنه وقف على كتاب له اسمه

الموجز على ترتيب المختصر يشتمل على حجاج مع الخصوم اعتراضا وجوابا .

الجوهري : انظر جـ ٤ ص ٢٦٣

الجويني : انظر امام الحرمين جـ ١ ص ٢٤٩

حـرف الحاء

ابن الحاجب : انظر جـ ١ ص ٢٥٣

ابن حبيب : انظر جـ ١ ص ٢٥٣

حبان بن منقذ : حبان بفتح أوله وتشديد الموحدة ابن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء ابن مبذول بن عمرو بن غنم بن مازن ابن النجـار الأنصـاري الخزرجي روى الشافعي وأحمد وابن خزيمة وابن الجارود والحـاكم والدارقطني من طـريق أبي اسحاق عن نافع عن ابن عمر كان حبان ابن منقذ رجلا ضعيفا ، وكان قد سفع في رأسه مأمومة فجعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم له الخيار فيما اشترى ثلاثا ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « بع وقل لا خلابة » وروى أصحاب السنن من رواية سعيد عن قتادة عن أنس أن رجلا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يبتاع وفي عقله ضعف الحديث ، ولم يسمه والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو ؟ قالوا مات حبان في خلافة عثمان .

ابن حزم : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

الحسن توفي سنة ٢٠٤ هـ : الحسـن بن زياد اللؤلؤي الكـوفي أبو عـلي قـاض ، فقيـه ، مـن أصحـاب أبي حنيفـة أخذ عنه وسمع منه وكان عالمـا بمذهبه بالرأي ولي القضاء بالكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى ، من كتبه أدب القاضي ومعاني الايمان والنفقـات والخراج والفرائض والوصايا والأمالي نسبته الى بيع اللؤلؤ وهو من أهل الكوفة نزل ببغداد وعلماء الحديث يطعنون في روايته وكان أبوه من موالي الأنصار .

الحسن البصري : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

أبو الحسن الرضا : انظر جـ ٢ ص ٣٤٩

حماد بن سلمة : انظر جـ ١ ص ٢٥٥

حفصة : انظر جـ ٣ ص ٣٤١

حكم بن حزام : انظر جـ ٩ ص ٣٧٢

ابن حمدان : انظر جـ ١٠ ص ٣٩٥

الحموي : انظر جـ ٢ ص ٣٥٠

أبو حنيفة : انظر جـ ١ ص ٢٥٥

حـرف الخاء

خارجة بن ثابت : انظر جـ ٤ ص ٣٦٢

خالد : انظر جـ ٨ ص ٣٧٣

الخرشي : انظر جـ ٢ ص ٣٥٠

الخرقي : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

أبو الخطاب : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

الخصاف : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

خليل : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

خواهر زاده : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

حرف الدال

الدار قطني : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

أبو داود : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

الدردير : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

الدسوقي : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

ابن دينار توفي سنة ٢١٢ هـ : عيسى بن دينار ابن واقد الغافقي أبو عبد الله فقيه الأندلس في عصره وأحد علمائها المشهورين: أصله من طليطلة، سكن قرطبة وقام برحلة في طلب الحديث وعاد فكانت الفتيـا تدور عليه بالأندلس لا يتقدمه أحد وكان ورعا توفي بطليطلة .

حـرف الراء

الرافعي : انظر جـ ١ ص ٢٥٨

الربيع : انظر جـ ٣ ص ٣٤٤

ابن رشد : انظر جـ ١ ص ٢٥٨

ابن الرفعة : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

الروياني : انظر جـ ٢ ص ٣٥٢

حـــرف الزاى

الزبير بن بكار توفى سنة ٢٥٦ هـ : الزبير بن بكار ابن عبد الله القرشى الأسدى المكى من أحفاد الزبير بن العوام ابو عبد الله عالم الأنساب وأخبار العرب راوية ولد فى المدينة وولى قضاء مكة فتوفى فيها له تصانيف منها أخبار العرب وأيامهـــا ونسب قريش وأخبـــارها ـ خ ـ والأوس والخزرج ووفودالنعمان على كسرى وأخبار بن ميادة وأخبار جميل وأخبار نصيب وأخبار حسان وأخبار عمر بن ربيعة وأخبار كثير وأخبار ابن الدمينة وله مجموع فى الأخبار ونوادر التاريخ سماه الموفقيات ـ طبع منه أربعة أجزاء ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ الفه للموفق ابن المتوكل العباسى وكان مؤدبه فى صغره

ابن الزبير : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

الزركشى : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

الزاهدى : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

زفر : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

أبو زكريا : انظر جـ ٢ ص ٣٥٢

زهرة بن معبد توفى سنة ١٣٥ هـ : ابو عقيل زهرة بن معبد التميمى بالاسكندرية عن سن عالية ، قال الدارمى . زعموا انه كان من الأبدال ، قلت روى عن ابن عمرو وابن الزبير .

القاضى زيد : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

الزهرى : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

زيد بن ثابت : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

أبو زيد : انظر الديوسى جـ ١ ص ٢٥٧

زيد بن حارثة : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

ابن أبى زيد : انظر القيروانى جـ ١ ص ٢٧٣

حـــرف الســـين

سالم السنهورى : انظر جـ ٨ ص ٣٧٥

السامرى : انظر جـ ٧ ص ٣٩٠

السبكى : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

أبو ستة توفى سنة ١٠٧٨ هـ : هو الامام القدوة العلامة أبو عبد الله محمد بن عمرو بن محمد ابن أحمد بن أبى سته اشتهر بين الدارسين بلقب المحشى أخذ العلم عن كثير من أهل الجزيرة وغيرهم وكان أكثر ما أخذ عن الامام أبى محمد بن عبد الله بن ســـعيد السدويكشى ، كان الامـــام ابو ســـته من أولئك المؤمنين الذين أخلصوا دينهم وعملهم وأسلموا أرواحهم وأنفسهم لله فهو لا يفتر عن الجهاد فى سبيل الله عاش فى القرن الحادى عشر وكانت البلاد التونسية فى ذلك الحين تحت حكم شديد الاضطراب وولاة لا يهمهم من أمر الدولة ومصلحة الأمة الا مقدار ما يأخذون من أموال وكانت الشعوب فى ذلك الحين بعيدة كل البعد عن الدولـــة تدفع الضرائب لطلابها تحت ضغط الضرورة وتعود الى نفسها فى بقية الشئون فتســـندها الى من تثق به من علمائها وصلحائها سافر أبو عبد الله الى مصر برسم الدراسة فى الأزهر فبقي هناك ٢٨ سنة دارسا فى الأول ومدرسا بعد ذلك وتخرج على يده عدد من فطاحل العلماء فى أرض الكنانة واشتهر بين علماء الأزهر بلقب البدر فاذا أطلقت كلمة البدر بين علماء الأزهر فالمعنى بهـــا أبو عبد الله بن أبى سته .

سحنون : انظر جـ ١ ص ٢٦١

ابن سحنون : انظر جـ ٧ ص ٣٩١

السرخسى : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سعيد : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سعيد بن منصور : انظر جـ ٣ ص ٣٤٦

سعيد بن أبى وقاص : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

أبو سعيد : انظر جـ ١ ص ٢٦١

ابو سعيد الخدرى : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سفيان : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

السكونى : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

سلار توفى سنة ٤٦٣ هـ : حمزة بن عبد العزيز الديلمى الطبرستانى أبو يعلى الملقب بسلار أو سالار فقيه امامى سكن بغداد ومات فى قرية خسروشاه من قـــرى تبريز له الأبواب والفصـــول فى الفقه والمراســـم العلوية فى الأحكام النبوية .

سليمان بن يسار : انظر بن يسار جـ ٢ ص ٣٦٦

أبو سليمان : انظر جـ ٤ ص ٣٦٥

ابن سلمون : انظر جـ ٢ ص ٣٥٤
السيوطى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢

حـــرف الشـــين

ابن شاس : انظر جـ ٢ ص ٣٥٤
شافع بن السائب : شـافع بن السائب بن عبد يزيد بن هاشـم بن عبـد المطلب المطلبى جـد الامـام ، ذكـر الخطيب فى تاريخه انه سمع أبا الطيب طاهر بن عبد الله الطبرى يقول شافع بن السائب الذى ينسب اليه الامام الشافعى قد لقى النبى صلى الله عليه وسلم وهو مترعرع واسلم أبوه يوم بدر .
الشافعى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢
الشبراملسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢
شريح : انظر جـ ١ ص ٢٦٣
أبو شريح العـدوى توفى سنة ٦٨ هـ : ابو شريح الخزاعى ثم الكعبى خويلد بن عمرو وقيل عمرو بن خويلد وقيل هانىء وقيل كعب بن عمرو وقيل عبد الرحمن والأول اشهر وبكعب جزم ابن نمير وابو حيثمة وتردد هـارون الحمال فى خويلد وكعب وقال الطبرى هو خويلد بن عمرو بن صخر بن عبد العزى وابن معاوية من بنى عدى بن عمرو بن ربيعة اسلم قبل الفتح وكان معـه لواء خزاعة يوم الفتح روى عن النبى صلى الله عليه وسلم احاديث وروى ايضا عن ابن مسعود رضى الله عنه وروى عنه نافع ابن جبير بن مطعم ابو سـعيد المقبرى وابنه سعيد بن ابى سعيد وفضـيل والد الحارث قال ابن سعد مات بالمدينة سنة ثمان وستين ذكره فى طبقة الخندقيين .
شريك بن السحماء : انظر جـ ١٠ ص ٣٩٨
الشعبى : انظر جـ ١ ص ٢٦٣
ابن شهاب : انظر جـ ٣ ص ٣٤٨

حـــرف الصـــاد

الصادق : انظر جـ ٥ ص ٣٧١
الصدوق : انظر جـ ٢ ص ٣٥٥
ابن الصلاح : انظر جـ ١ ص ٢٦٤

حـــرف الطاء

الطحاوى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥
الطوسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥

حـــرف العـــين

ابن عابدين : انظر جـ ١ ص ٢٦٥
ابن عات : انظر ص ٦ ص ٣٨٦
العاصمى : انظر ص ٦ ص ٣٨٦
العباس : العبـاس بن عبد الله بن عباس ابن عبد المطلب بن هاشم وامه زرعة بنت مشرح بن معد يكرب بن وليعة من كنده وهى أم اخيه على بن عبد الله بن عباس وكان العباس أكبر ولد بن عباس وبه كان يكنى من ولده عبد الله وعون ومحمـد وغريعة وقد انقرض ولد العباس فلم يبق منهم احد وليس العقب اليوم من ولد عبد الله بن عباس الا فى ولد على بن عبد الله ابن عباس وفيهم العدد والخلافة .
ابن عباس : انظر عبد الله بن عباس جـ ١ ص ٢٦٧
أبو العباس : انظر جـ ١ ص ٢٦٦
ابن عبدوس : انظر جـ ٧ ص ٣٩٦
عبد الباقى الزرقانى : انظر جـ ٩ ص ٣٧٨
عبد الحق : انظر جـ ٦ ص ٣٨٧
عبد الحكم توفى سنة ٦١٣ : عبد الحكم بن أبى اسحاق ابراهيم بن منصور فاضل نبيل القدر له خطب جيدة وشعر لطيف مولده ووفاته بمصر وكان خطيب الجامع العتيق فيهـا .
عبد الرازق : انظر جـ ٢ ص ٣٥٦
عبد الرحمن بن الحجاج : انظر جـ ٤ ص ٣٦٨
عبد الرحمن بن الحكم توفى سنة ٢٣٨ هـ : هو عبد الرحمن بن الحكم بن هشام بن عبد الرحمن الأموى ابو المطرف رابع ملوك بنى امية فى الأندلس ولد فى طليطلة وكان أبوه واليا فيها قبل توليته الملك وبويع بقرطبـة سنة ٢٠٦ هـ بعد وفاة أبيه بيوم واحد وهو أول من جرى على سنن الخلفاء فى الزينة والشكل وترتيب الخدمة وكسا أبهة الجلالة فشيد القصور وبنى المساجد فى

الأندلس ومنها جامع اشبيلية وسورها واتخذ السكة (النقود) بقرطبة وضرب الدراهم باسمه له غزوات كثيرة اديبا ينظم الشعر مطلعا على علوم الشريعة وبعض فنون الفلسفة .

ابن عبد السلام : انظر جـ ١ ص ٢٦٦

أبو عبد الله : انظر جـ ٦ ص ٣٨٧

عبد الله بن أحمد : انظر جـ ٧ ص ٣٩٣

عبد الله بن جعفر : انظر جـ ٣ ص ٣٥٠

أبو عبد الله بن حامد : انظر جـ ٢ ص ٣٤٨

عبد الله بن رواحة توفى سنة ٨ هـ : عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصارى من الخزرج ابو محمد صاحبى بعد من الأمراء والشعراء الراجزين كان يكتب فى الجاهلية وشهد العقبة مع السبعين من الأنصار وكان أحد النقباء الاثنى عشر وشهد بدرا واحدا والخندق والحديبية واستخلفه النبى صلى الله عليه وسلم على المدينة فى احدى غزواته وصحبه فى عمرة القضاء وله فيها رجز وكان أحد الأمراء فى وقعة مؤتة بأدنى البلقاء من أرض الشام . فاستشهد فيها .

عبد الله بن عمر : انظر جـ ١ ص ٢٦٧

عبد الله بن مسعود : انظر جـ ١ ص ٢٦٧

عبد الله بن هشام : هو عبد الله بن هشام بن زهرة بن عثمان بن عمر بن كعب بن سعد ابن تيم بن مرة القرشى التيمى له ولأبيه صحبة روى عنه حفيده ابو عقيل زهرة ابن معبد قال البغوى سكن المدينة وقال ابن مندة كان مولده سنة ٤ وذكر الذهبى فى التجريد أن البخارى أخرج حديثه فى الأضحية ولم أره فيه وانما أخرج حديثه البخارى فى كتاب الشركة من رواية ابى عقيل عن جده عبد الله بن هشام وكان قد ادرك النبى صلى الله عليه وسلم وذهبت به أمه زينب بنت حميد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله بايعه فقال هو صغير فمسح رأسه ودعا له .

عبد الملك : انظر ابن حبيب جـ ١ ص ٢٥٣

العجلانى : هو عويمر بزيادة راء فى آخره هو ابن ابى أبيض العجلانى وقال الطبرانى هو عويمر بن الحرث بن زيد بن جابر بن الجد ابن العجلان ، وأبيض لقب لأحد آبائه ويؤيد ذلك ما سيأتى عن الموطأ أخرج الشيخان وغيرهما من حديث سهل بن سعد قال جاء العجلانى الى عاصم بن عدى فقال له يا عاصم أرايت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل الحديث فى نزول آية اللعان . ووقع فى الموطأ رواية العقبنى أنه عويمر بن اشقر العجلانى وقيل أنه خطأ وان عويمر بن أشقر آخر مازنى وهو المذكور بعد ولعل احد اباء عويمر العجلانى كان يلقب ابيض فأطلق عليه الراوى اشقر .

العدوى : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

ابن عرفة : انظر جـ ١ ص ٢٦٨

عروة بن الزبير : انظر جـ ٨ ص ٣٧٨

عقبة بن عامر : انظر ص ٣ ص ٣٥١

ابن عقيل : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

عكرمة : انظر جـ ١ ص ٢٦٨

على بن أبى طالب : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

أبو على : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

أبو على بن راشد : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

أبو على الطبرنى : انظر جـ ١٠ ص ٤٠٠

الشيخ عليش : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمر بن الخطاب : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمر بن عبد العزيز : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمران بن الحصين : انظر جـ ٢ ص ٣٥٩

عمرو بن العاص : انظر جـ ٣ ص ٣٥٠

عياض : انظر جـ ٢ ص ٣٦٢

حرف الغين

الغزالى : انظر جـ ١ ص ٢٧٠

حرف الفاء

فاطمة : انظر جـ ١ ص ٢٧١

ابن فرحون : انظر جـ ١ ص ٢٧١

حـــرف القـــاف

ابن القاسم : انظر جـ ١ ص ٢٦٠
قاضي القضاة : انظر جـ ١ ص ٢٦٠
القتيبى توفى سنة ٢٧٦ هـ : القتيبى مذكور فى المهذب والوسيط فى كتاب الوقف ثم فى أول كتاب العدد من المهذب بضم القاف وفتح الفاء بعدها موحدة وقد يزيدون فيه ياء مثناة من تحت بين التاء والباء للأول هو الفصيح المشهور الجارى على القواعد . وهو أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينورى الكاتب اللغوى الفاضل فى علوم كثيرة سكن بغـــداد وله مصنفات كثيرة جدا . فمن كتبه غريب القـــرآن ومشكل القرآن وغريب الحديث ومختلف الحديث وأدب الكاتب . وغيرها
ابن قدامة : انظر جـ ١ ص ٢٧١
القدورى : انظر جـ ١ ص ٢٧٢
أبو قلابة : انظر جـ ١ ص ٢٧٣
ابن القيم : انظر جـ ١ ص ٢٧٣

حـــرف الكاف

الكاسانى : انظر جـ ١ ص ٢٧٣
كعب : انظر جـ ٤ ص ٣٧٠
الكرخى : انظر جـ ١ ص ٢٧٣
الكمال بن الهمام : انظر جـ ١ ص ٢٧٣

حـــرف اللام

اللخمى : انظر جـ ١ ص ٢٧٤
الكنى : انظر جـ ٦ ص ٣٦١
الليث بن سعد : انظر جـ ١ ص ٢٧٤
ابن أبى ليلى : انظر جـ ١ ص ٢٧٤

حـــرف الميم

المؤيد بالله : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
ابن ماجه : انظر جـ ١ ص ٢٧٤
المـــازرى : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
المـــاوردى : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
المبرد : انظر جـ ٧ ص ٣٩٧
المتولى : انظر جـ ٣ ص ٣٥٥
المجد بن تيمية : انظر جـ ٩ ص ٣٨٢
مجزز المدلجى : انظر جـ ٢ ص ٣٦٣
محمد : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
محمد الحلبى : انظر جـ ٦ ص ٣٨٤
محمد بن قيس : انظر جـ ٤ ص ٣٧٢
محمد بن مسلم : انظر جـ ٥ ص ٣٧٨
محمد بن مسلمة : انظر جـ ٢ ص ٣٦٣
محمد بن المكرم توفى سنة ٧١١ هـ : هو محمد بن مكرم — بتشديدالراء — بن‌على بن أحمد الأنصارى‌الرويفعى ثم‌المصرى القاضى جمال الدين‌ابن‌المكرم‌من‌ولد رويفع‌بن‌ثابت‌الأنصارى ولد أول سنة ثلاثين وستمائة وكان فاضلا وعنده تشيع بلا رفض مات فى شعبان سنة احدى عشرة وسبعمائة اختصر كتبا كثيرة وله النظم والشعر .
المحقق القمى : انظر القمى جـ ١ ص ٣٩٠
المرتضى : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
مروان : انظر جـ ١ ص ٢٧٥
أبو مريم الأنصارى : هو عبد الغفار بن القاسم ابن فهد الأنصارى يكنى أبو مريم امامى من أصحاب البـــاقر له كتب منها كتاب الصلاة روى عنه كثير من فقهاء الأمامية .
ابن مسعود : انظـــر عبد الله جـ ١ ص ٢٦٧
مسلم : انظر جـ ١ ص ٢٧٦
مسمع : هو كروين بن مسمع بن عبد الملك بن مسمع يكنى أبا سيسار له كتاب أخبرنا به أحمد بن عبدون عن على بن محمد بن الزبير عن على بن الحسن بن فضال عن محمد ابن الربيع عن محمد بن الحسن بن سحيتون عن عبد الله الأصم . والظاهـــر زيادة ابن هنا لأن كروين لقب مسمع . وقد ذكره الشيخ فى رجاله فى باب أصحاب البـــاقر بعنوان مسمع كروين وفى باب أصـــحاب الصـــادق بعنوان مسمع بن كروين وكذا النجاشى والكشى والعلامة الحلى فى كتبهم
مصـــطفى الرماصى توفى سنة ١١٣٦ هـ : أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موصى الرماصى الامام الفقيه العالم المحقق أخذ عن شيوخ مازونه ومصر ومنهم الخرشى

والزرقانى وله حاشية على شرح الشمس التتائى على المختصر غاية فى الجودة والنبل .

أبو مضر : انظر ج ٤ ص ٣٧٢

معاوية بن أبى سفيان : انظر ج ١ ص ٢٧٦

الشيخ المفيد توفى سنة ٤١٣ هـ : أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان بن عبد السلام البغدادى ، شيخ المشايخ ، ورئيس رؤساء الملة فخر الشيعة . انتهت اليه رياسة الشيعة فى وقته ، كثير التصانيف فى الأصول والكلام والفقه ولد فى عكبرى ونشأ وتوفى فى بغداد . له أصول الفقه . والكلام فى وجوه اعجاز القرآن . وتاريخ الشريعة . والافصاح . فى الامامة .

أبو المهلب : هو أبو المهلب عم أبى قلابة مذكور فى المهذب فى باب أروش الجنايات اسمه عبد الرحمن بن عمرو وقيل معاوية بن عمرو وقيل عمرو بن معاوية ذكر هذه الأقوال الثلاثة فيه البخارى فى تاريخه وذكرها غيره وقيل اسمه النضر بن عمرو الحرمى الأسدى العصرى التابعى الكبير روى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وأبى بن كعب وعمران بن الحصين رضى الله عنهم روى عنه الحسن البصرى وابن سيرين وابن أبيه أبو قلابة عبد الملك ابن يزيد وعوف الاعرابى وكان أبو المهلب ثقة روى له مسلم فى صحيحه .

ابن المواز : انظر ج ١ ص ٢٧٨

ابن ميسر توفى سنة ٦٧٧ هـ : محمد بن على ابن يوسف بن ميسر تاج الدين أبو عبد الله مؤرخ مصرى توفى بالقاهرة من كتبه تاريخ القضاة وزين تاريخ مصر للمسبحى طبع مختصر الجزء الثانى منه باسم اخبار مصر .

حرف النون

الناصر : انظر ج ١ ص ١٧٨

النووى : انظر ج ١ ص ٢٧٩

حرف الهاء

الهادى : انظر ج ١ ص ٢٨٠

ابن هارون : انظر ج ١٠ ص ٤٠٤

أبو هاشم توفى سنة ٢٦١ هـ : أبو هاشم الجعفرى : داود بن القسم بن اسحاق ابن عبد الله بن جعفر بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه البغدادى . وكان ثقة جليل القدر عظيم المنزلة عند الأئمة عليهم السلام وقد شاهد منهم الرضا والجواد والهادى والعسكرى وصاحب الأمر صلوات الله عليهم أجمعين وكان منقطعا اليهم وقد روى عنهم كلهم وله أخبار ومسائل وله شعر جيد فيهم

ابن أبى هريرة : انظر ج ١ ص ٢٨٠

هشام : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

هشام بن سالم : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

هلال توفى سنة ٢٤٥ هـ : هو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى فقيه من أعيان الحنفية من البصرة لقب بالرأى لسعة علمه وكثرة أخذه بالقياس له كتاب فى الشروط قال صاحب كشف الظنون أول من صنف فى علم الشروط والسجلات هلال بن يحيى وكتاب أحكام الوقف اشتهر هو وأحكام الوقف لأحمد بن عمر الخصاف بوقفى الهلال والخصاف .

حرف الواو

ابن وهب : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

حرف الياء

يحيى : انظر ج ١ ص ٢٨٠

يحيى : انظر ج ٩ ص ٣٨٥

يحيى بن عمر : انظر ج ٩ ص ٣٨٦

القاضى أبو يلعى : انظر ج ١ ص ٢٨١

أبو يوسف : انظر ج ١ ص ٢٨١

ابن يونس : انظر ج ١ ص ٢٨١

فهرس الموضوعات

فهـــرس الموضوعات

الاشـــتباه
٥ — ١٣٨

اشتراط
من ص ١٣٩ الى ٢٦٩

اشتراك
من ص ٢٧٠ — ٣١١

اشراك
٣١٢ — ٣٧١

الأعـــلام
٣٧٣ — ٣٨٢

فهرس الموضوعات
٣٨٣ — ٣٨٤

مطابع الاهرام التجارية

رقم الايداع بدار الكتب
١٩٧٤ / ٣٠٨٧